



**O controle difuso de  
constitucionalidade no Brasil  
entre o presente e o futuro  
Cogitações sobre as  
possibilidades de sua  
adaptação conservativa por  
meio do diálogo intercultural  
jurídico e judicial(1)**

**Autor: Moacir Camargo Baggio**

Juiz Federal, Doutorando em Ciências  
Jurídico-Políticas pela FDUL e pela  
FDUSP, Mestre em Direito, Especialista  
em Processo Civil

publicado em 16.12.2015

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

"Desde que o passado deixou de lançar sua luz sobre o futuro, a mente  
do homem vagueia nas trevas."  
Tocqueville, por Hannah Arendt

**Resumo**

O artigo que segue tem a intenção de discutir a viabilidade e as possibilidades teóricas e práticas do controle difuso de constitucionalidade, em seus moldes tradicionais, no Brasil da atualidade. Para tanto, apresenta uma rápida visão geral das origens, da inserção e da evolução desse modelo em nosso sistema jurídico, destacando as dificuldades congêntas da adaptação de um **mecanismo judicial de matriz norte-americana** (isto é, inserto em um **sistema jurídico anglo-americano**, com raízes na tradição da *Common Law* inglesa) **em um sistema jurídico** romano-germânico ou europeu continental (herdeiro da cultura jurídica lusitana e baseado, pois, em tradições de *Civil Law*). Brevemente examinado o passado, propõe um olhar sobre o presente e o futuro desse modelo de controle. Sobre o presente, apresenta o agravamento das dificuldades para o devido acoplamento desse modelo ao sistema jurídico nacional e às exigências pragmáticas da realidade atual, em função de problemas típicos da contemporaneidade. Sobre o futuro, parte do balizamento fornecido pela radicalização das posições teóricas do presente sobre a viabilidade dessa forma de controle de constitucionalidade (que, no extremo, de um lado, propõem a extinção do controle difuso, e, de outro, propõem transformações tão profundas que chegam a desnaturá-lo), tudo para sustentar a investigação das possibilidades de uma posição intermediária, dita **conservativa adaptativa**, desse modelo atual. Para a construção teórica dessa posição, o trabalho parte da noção de **diálogo intercultural jurídico e judicial**. Tal noção, apesar de encontrar fundamento primeiro nas já tradicionais figuras do **empréstimo constitucional** e de suas derivações, pretende transcendê-las, sublinhando a importância do papel da prudente consideração e aplicação da tradição, da cultura, da história e, enfim, de

uma visão hermenêutica dessa problemática, tanto quando das alterações normativas sistêmicas ou isoladas quanto no momento da interpretação doutrinária e jurisprudencial dessas mudanças – o que pode fornecer limites mais claros e possibilidades mais reais acerca das alterações que o modelo de controle de constitucionalidade deve ou pode sofrer, sem necessariamente ser extirpado ou transfigurado em algo que também não possa dar o que promete.

**Palavras-chave:** Justiça constitucional. Controle difuso brasileiro. Sistemas jurídicos ocidentais. Contemporaneidade. Direito Constitucional comparado. Empréstimos constitucionais (*constitutional borrowing*). **Diálogo intercultural jurídico e judicial.** Hipótese conservativo-adaptativa do modelo difuso.

### **Considerações introdutórias**

A contemporaneidade deslocou o campo de tratamento e resolução de certas problemáticas da justiça constitucional de forma jamais vista. Passaram elas do âmbito interno e quase isolado dos Estados e de suas estruturas constitucionais próprias para um âmbito de consideração muito mais amplo e exterior a esse estreito claustro jurídico-político.

De fato, como refere a melhor doutrina de Direito Constitucional Comparado,(2) apesar de as forças históricas e políticas sempre terem moldado diversas áreas do conhecimento humano, dentre as quais, também o Direito,(3) proporcionando até mesmo a circulação de material normativo e jurisprudencial, mesmo entre sistemas jurídicos distintos, essa realidade intensificou-se no século XX, mormente após o segundo pós-guerra.(4) E assim acabou por dar-se também no que tange ao Direito Constitucional, inclusive, por meio das chamadas migrações, transferências ou **empréstimos constitucionais**.(5)

Um incremento ainda maior dessas possibilidades de circulação ou transferência de experiências, estudos e princípios constitucionais seguiu-se, depois, com uma relativamente recente, mas extraordinária, ampliação dos meios de comunicação e de sua velocidade, em escala internacional,(6) bem como das oportunidades de trocas teóricas diretas entre acadêmicos e juristas operadores do Direito de diferentes partes do mundo.(7)

Não é por outro motivo, pois, que Virgílio Afonso da Silva(8) já teve oportunidade de anotar que o estudo do **empréstimo constitucional**(9) é “um importante campo de pesquisa em direito constitucional, ao qual se dá cada vez maior atenção”.

Contudo, no âmago desta nova realidade moderna, experienciada no estudo comparado do constitucionalismo contemporâneo, reside um problema essencial. Esse problema foi muito bem apontado por Garapon e Papapoulos,(10) mas parece ser insuficientemente enfrentado ainda hoje nessa área do conhecimento(11): por conta de todas as extraordinárias facilidades comunicativas, mas também da consideração deficiente do significado contextualizado dessas experiências, teorias e princípios alienígenas, há uma grave possibilidade de incompreensão e de ocorrência de perigosos mal-entendidos quando de sua utilização nos ambientes locais receptores.

Isso quer dizer que, por conta do grande incremento dos estudos comparativos de Direito Constitucional e da efetiva troca hodierna de experiência entre tribunais, doutrinadores e legisladores, passamos, por vezes, a acreditar que somos muito parecidos uns com os outros,

quando, em realidade, ainda somos bastante diferentes.(12) Como referem os mesmos Garapon e Papapoulos, “pensamos que as mesmas coisas se encontram por detrás das palavras, ou seja, que [v.g.] um ‘judge’ é um juiz, que o ‘trial’ é um processo”, tudo “sem perceber que elas procedem de **representações coletivas** muito diferentes”.(13) Agimos como se as tradições, aparentemente esfaceladas sob a pressão da homogeneização do contemporâneo, nada mais representassem.

Entretanto, por detrás dessa inegável aproximação material atual entre os diversos modos de enxergar o fenômeno jurídico do constitucionalismo e de realizar a sua efetivação por meio do instrumental da justiça constitucional, e mesmo por debaixo dos próprios grandes sistemas jurídicos, também em vias de efetivo acercamento (SEGADO),(14) persiste ainda outro fenômeno de invulgar importância. Trata-se do que Garapon e Papapoulos(15) denominaram de “uma fratura cultural interna do Ocidente”.

Tal fenômeno consiste justamente na percepção da existência de um relevante conjunto de dificuldades de compreensão mútua já entre os grandes sistemas jurídicos do próprio Ocidente, ou seja, da *Common Law* e do Direito europeu continental. E isso a partir das profundas diferenças de seus originais universos culturais,(16) tradicionais e históricos e de suas vivências práticas dinamicamente transformadas ao longo do tempo – diferenças essas que deveriam ser, no mínimo, mais cuidadosamente consideradas e analisadas em sendo o caso de realmente pensar-se em transplantes ou migrações constitucionais verdadeiramente rigorosas e sustentáveis entre modelos ou sistemas jurídicos, com possibilidade de êxito teórico e prático real.

Logo, para enfrentar esse tipo de dificuldade no estudo desse relevante campo do Direito Constitucional contemporâneo, com esse sentido de **prudência** e diferenciada responsabilidade, é que os autores antes referidos sugerem a adoção da metáfora do **diálogo** entre culturas jurídicas(17) distintas.

Quer dizer, antes da **metáfora da guerra**(18) entre sistemas ou culturas jurídicas diversas (ou da **negação** de uma por outra, porque supostamente **superior**), ou, em outro extremo, antes da **mimetização** de sistemas ou culturas diferentes com excessiva rapidez(19) (ou de uma urgente aceitação **assimilacionista** de um por outro), existe um **caminho do meio a ser trilhado**; um caminho de cautela e zelo que poderia ser denominado de via do “**diálogo jurídico intercultural**” – e, também, de via do “**diálogo judicial intercultural**”.(20)

Nesse ponto é que entra em cena a **problemática brasileira do controle difuso da constitucionalidade**, já que possui configurações que exacerbam de modo muito particular a questão da necessidade da construção atual de algo como um caminho de **diálogo intercultural – jurídico e judicial** – para o seu enfrentamento teórico. Isso para não se falar da real dificuldade e do intenso desafio que ela representa para a permanente edificação concreta de nossa justiça constitucional moderna, em seu todo, de modo qualificado e eficiente.

Este artigo, em última análise, é, então, precisamente sobre isso: na intrincada **problemática do controle difuso de constitucionalidade brasileiro contemporâneo**, o que terá o **diálogo jurídico e judicial intercultural** a nos ensinar, particularmente acerca da **viabilidade atual daquele modelo difuso**, no quadro da modernidade e de um complexo sistema misto de controle, como hoje é o do Brasil?

E mais do que isso: se ainda viável ou necessário o dito modelo difuso, **como poderá a consideração do diálogo intercultural jurídico e judicial nos auxiliar a melhor compreender e solucionar** essas questões fundamentais da complexa justiça constitucional brasileira, tanto do ponto de vista teórico como prático, que sabidamente são de difícil enfrentamento e manejo, especialmente no cenário da contemporaneidade?

É claro que este artigo não pretende responder por inteiro a tais indagações. Aqui não há espaço para tanto, nem este é o lugar adequado para tal exaustiva empreitada. Baseando-se em estudos anteriores sobre a matéria,<sup>(21)</sup> bem como em atuais esforços próprios de pesquisa muito mais amplos e sistemáticos versando sobre o tema da viabilidade e da validade atual da justiça constitucional em sua modalidade difusa brasileira,<sup>(22)</sup> a pretensão aqui tem de ser a de apenas fornecer um vislumbre das possibilidades desse enfoque.

Para tanto é que a apresentação vindoura se estrutura da seguinte forma ligeira: primeiro, apresenta-se uma rápida visão geral das origens, da inserção e da evolução desse modelo em nosso sistema jurídico, destacando-se as dificuldades congênicas da adaptação de um mecanismo judicial de matriz norte-americana para o controle da constitucionalidade em um sistema jurídico de *Civil Law*.

Brevemente examinado o passado, com bosquejos sobre a evolução do sistema de controle como um todo, propõe-se um rápido olhar sobre o presente e o futuro desse modelo específico de controle difuso ante tais desenvolvimentos.

Sobre o presente, apresenta-se o agravamento das dificuldades para o devido acoplamento desse modelo difuso ao sistema jurídico nacional e às exigências pragmáticas da realidade atual, em função de problemas típicos da contemporaneidade.

Sobre o futuro, finalmente, parte-se do balizamento fornecido pela radicalização das posições teóricas do presente que versam sobre a viabilidade dessa forma de controle de constitucionalidade – que, no extremo, de um lado, propõem a extinção do controle difuso, e, de outro, propõem transformações tão profundas que chegam a desnaturá-lo –, tudo para sustentar-se a investigação da viabilidade e das possibilidades de uma posição intermediária, dita **conservativa adaptativa**, desse atual modelo difuso de controle.

Para assim posicionar-se, a investigação procura fornecer um início de resposta à primeira indagação anteriormente feita. Ou seja: procura explicitar **por que se entende que o modelo difuso de controle de constitucionalidade mereça, deva e possa ser conservado em sua essência**, apesar da evidente necessidade de sua adaptação à realidade presente – considerando-se, aí, também a questão do dito diálogo intercultural jurídico e judicial.

Nesse momento, para a construção teórica da posição **conservativa adaptativa** do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, o trabalho parte da noção de **diálogo intercultural** jurídico e judicial, que, por sua vez, necessita também da elaboração de um seu esboço. Com isso, torna-se possível iniciar a resposta à segunda ordem de indagações que este trabalho procura enfrentar. Ou seja, trata-se de verificar **como, de fato, seria possível buscar a dita adaptação conservativa do modelo de controle difuso, a partir do uso do dito diálogo intercultural jurídico e jurisdicional**.

Por fim, em um último item, encerram-se essas verificações preliminares acerca das possíveis maneiras de se buscar o dito processo adaptativo, ou, por outra, ultimam-se as cogitações sobre essas possibilidades futuras, dando-se fecho àquelas primeiras investidas teóricas já desenvolvidas no ponto antecedente. O ensaio termina, adiante, com algumas brevíssimas considerações de índole mais empírica ou prática, mas que ainda situam-se **no campo das conjecturas**, por intentarem apenas conceder um pouco mais de **concreção à hipótese do diálogo intercultural jurídico e judicial**, para fins de pô-la a trabalhar **sob o teste de possíveis refutações teórico-práticas**.(23)

Em síntese: **por que precisa e como pode a Justiça Constitucional brasileira** hoje, enquanto instrumental da realização do constitucionalismo em ambiente democrático, **ter um controle difuso de constitucionalidade capaz de lidar com a realidade moderna** são as **questões teóricas** de fundo que deverão ser objeto de rápido enfrentamento neste trabalho – inclusive por meio da formulação, ao fim de tudo, de algumas brevíssimas **cogitações um pouco mais concretas** acerca desta segunda indagação.

## **1 O passado hoje: uma compreensão do presente do controle difuso de constitucionalidade brasileiro a partir de um breve olhar para o passado**

O sistema brasileiro de controle **judicial**(24) de constitucionalidade nasceu já com a proclamação da República, no final do século XIX,(25) sob inspiração direta do modelo norte-americano.(26) No entanto, quase(27) toda a herança jurídico-cultural brasileira anterior é lusitana,(28) filiando-se o Direito brasileiro, por consequência, em suas raízes, ao sistema romano-germânico(29) (isto é, ao chamado Direito continental europeu ou ao sistema de *Civil Law*). (30)

Essa realidade trouxe, desde o início,(31) alguns problemas para uma adequação do controle difuso ao contexto brasileiro, nomeadamente nas questões de **segurança jurídica** e **isonomia** na prestação jurisdicional constitucional.(32)

Historicamente, é certo, foram concebidos instrumentos para mitigar esse problema, seja por meio da concepção das **resoluções senatoriais** ou da regra do *full bench* (desde 1934),(33) seja mesmo, mais tarde, pela **hibridização do sistema**, com o progressivo incremento da adoção de instrumentos de **controle concentrado**,(34) que chegou ao seu ápice no período pós-Constituição de 1988.(35) Ocorre que tais modificações, da forma como levadas a cabo, jamais se mostraram suficientes para dar conta de bem equacionar essa complexa problemática.

Já à altura das primeiras tentativas nesse sentido, e hoje, mais ainda, ante o **espírito do tempo** contemporâneo,(36) em que são exigidas respostas judiciais demasiado céleres e em grande quantidade,(37) agravou-se enormemente a questão da não adaptação completa do controle difuso ao sistema brasileiro de *Civil Law*.

Assim, junto com aquela original dificuldade adaptativa do modelo difuso, **cronificada** com o tempo,(38) há de se reconhecer que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, como um todo, apresenta hoje um quadro de “**reagudização**” de seus problemas, tudo desvelando pontos de seu evidente desgaste atual e de sua pouco adequada formatação geral para dar conta, de modo qualificado, das

demandas da realidade.

A verdade é que, mesmo após inúmeras intervenções legislativas e constitucionais nesse sistema de controle, mormente nas últimas décadas, particularmente o modelo difuso ainda sofre para lidar com sua **tarefa primeira e última de limitar e racionalizar o poder**,<sup>(39)</sup> não só de modo [i] mais **coerente, íntegro e sistêmico**, mas também de um modo [ii] especialmente **diferenciado**, como lhe cabe e se lhe exige, seja para [a] dar conta de uma preocupação com o **efetivo julgamento dos casos concretos**, seja para [b] possibilitar **um verdadeiro acesso direto dos cidadãos à justiça constitucional**(MIRANDA),<sup>(40)</sup> seja, ainda, para [c] proporcionar um **modo de instrumentalização apto a tornar reais e eficientes e seguras as garantias fundamentais** inscritas na Constituição em benefício daquele cidadão (FERRAZ e ALMEIDA; REIS NOVAIS, para Portugal).<sup>(41)</sup>

É que, como desde logo se vê, paradoxalmente, ao tempo em que desse modelo se espera o cumprimento de tão diferenciados e elevados misteres, se lhe cobra hoje, também, um **eficientismo** tal, por conta do já descrito cenário contemporâneo,<sup>(42)</sup> que só pode afastá-lo ainda mais de atingir aquelas metas de natureza **qualitativa**, ínsitas à sua razão última de ser.

Por fim, para tornar o quadro ainda mais grave e impingir ainda mais pressão sobre o sistema e, particularmente, sobre a parcela de modelo difuso que nos toca aqui examinar, verifica-se, de tempos para cá, haver certa tendência a uma particular hipertrofia do Judiciário brasileiro<sup>(43)</sup> em relação aos demais poderes.

Sucede que se tornou algo recorrente – é forçoso reconhecer – a adoção de certas posturas ativistas ou decisionistas pela magistratura,<sup>(44)</sup> que apostam no exercício de uma discricionariedade judicial não autorizada para a decisão de suas causas, inclusive para aquelas de índole constitucional ou de grande repercussão nacional. Essas posturas, por sua vez, acabam sendo praticadas, no contexto já descrito, também pelos tribunais de base,<sup>(45)</sup> potencializando a sensação de insegurança jurídica. E, como parece óbvio, tal só pode dar-se, ao menos nessa larga escala e com tal gravidade, precisamente, em razão da dispersão do poder-dever de apreciar tais diferenciadas questões que a Constituição Federal imputa aos juízes ordinários, da forma como hoje posta.<sup>(46)</sup>

Logo, não só se reforça o já enraizado problema da falta de uniformidade e coerência das decisões judiciais de natureza constitucional, como também acabam fortalecidas suas deletérias consequências, oportunizando-se, inclusive, a perpetração de agressões incisivas a princípios formais elementares em um Estado de Direito e democrático, como é o caso daquele da separação dos poderes (nesse sentido, constitucionalistas portugueses de nomeada, como Blanco de Moraes e Reis Novais, v.g.).<sup>(47)</sup>

Em um cenário como esse, naturalmente cresceu o questionamento à justiça constitucional de base brasileira, lastreado justo por alguns de seus inegáveis excessos<sup>(48)</sup> e por suas supostas ineficiências atuais.

Por fim, por conta da superposição cumulativa dessas condições negativas<sup>(49)</sup> à adequada consecução da justiça constitucional concreta e incidental em nosso ambiente, incrementou-se, de modo geral, certa oposição ao controle difuso de constitucionalidade,<sup>(50)</sup> ao menos **tal como tradicionalmente** concebido no Brasil (RAMOS,<sup>(51)</sup> dentre

outros) **ainda praticado** na atualidade.

Com base nesse estado geral de coisas é que o controle difuso de constitucionalidade começou a sofrer pesadas críticas de toda ordem, que rapidamente passaram, nos últimos anos, do discurso à ação. Não só boa parte da doutrina migrou de uma crítica construtiva e adaptativa do modelo para a pregação por alterações profundas do sistema. O legislador e o próprio Judiciário, mormente por seus órgãos de cúpula,(52) também iniciaram certos movimentos concretos de desmantelamento do controle difuso tradicional – nem sempre lastreados, é importante nesta altura dizer, em atitudes de inquestionável legitimidade (como reconhecem até mesmo respeitados constitucionalistas estrangeiros, com notório conhecimento de nosso sistema de justiça constitucional, como é o caso do professor português Blanco de Moraes).(53)

Apesar de tudo isso – e **este é o ponto nodal inicial deste trabalho** –, **sustenta-se** aqui **que essas reações e ataques** contemporâneos **ao modelo difuso**, por quaisquer daquelas vias, mesmo pela prática jurisdicional,(54) **são**, como regra, **desproporcionados**,(55) mesmo considerada a seriedade dos problemas elencados e das suas derivações, cuja existência aqui já foi reconhecida. ##### parte 1

O que todas essas investidas têm em comum, em verdade, é a relativamente **pouca consideração das virtudes do modelo** em face da **desmedida aceitação de seus vícios**, com exacerbação da imputação de responsabilidade pelos **males do mundo** a ele, ou ao relativo **desacoplamento** ou falta de sintonia do controle de constitucionalidade difuso em relação ao sistema jurídico nacional.

Isso começa a revelar que o presente e o futuro do controle difuso talvez devam ser avaliados com outros olhos, a partir desse breve exercício de religação do presente problemático com o passado: com os olhos de quem enxerga **a riqueza** de uma **tradição** paulatinamente construída ao longo da história, para além de seus nítidos defeitos atuais e anteriores,(56) tradição essa que é **genuinamente híbrida**, ou miscigenada,(57) e, pois, em verdade, **única** – razão pela qual **não pode ser desperdiçada**.(58) Isso começa a desvelar, ainda, que esse presente e esse futuro talvez possam ser examinados, então, com os olhos de quem enxerga as **novas e largas possibilidades** derivadas dessa tradição, a esta altura, genuína e autêntica, a partir de **possíveis adaptações conservativas futuras** de um tão peculiar modelo de controle de constitucionalidade, ainda e sempre em (re)construção.

## **2 O presente e o amanhã: sob o incremento das pressões da contemporaneidade sobre o controle difuso brasileiro. Haverá motivos para manter a essência do modelo tradicional?**

Antes que se avance sobre a questão propriamente dita das possibilidades adaptativas e conservativas do rico modelo difuso de controle brasileiro, bem como sobre o seu particular sistema misto como um todo, é necessário ainda progredir um pouco mais no tratamento desse **intervalo temporal do presente-futuro** que agora se nos descortina mais nitidamente no tocante a esse tema.

É o momento de se examinar, antes de tudo, se existem reais motivos para manter, no que fundamental, o modelo difuso tradicional brasileiro, ainda que por meio de necessárias – mas custosas e relativamente lentas – **adaptações conservativas**, mesmo ante o especial cenário atual de incremento da pressão da contemporaneidade sobre ele. E é também o momento de iniciar a consideração sobre se essa opção pela

manutenção é de fato possível, ou se propostas outras seriam também viáveis ou mais adequadas.

Considerados esses propósitos, é de se introduzir esta discussão dizendo que, mesmo ante a reconhecida gravidade dos problemas que vêm acompanhando o desenvolvimento da justiça constitucional brasileira, a verdade é que o modelo difuso não pode e não deve ser tratado como um **vilão** contemporâneo<sup>(59)</sup> do sistema de controle de constitucionalidade. Essa é uma premissa da qual somos obrigados a partir.

Primeiro, [i] porque tais dificuldades possuem causas múltiplas que não residem própria ou necessariamente na sua existência no formato atual,<sup>(60)</sup> ou apenas nela, e que reclamam, pois, soluções multifacetadas, nem sempre ligadas à sua necessária alteração, muito menos à sua mudança essencial,<sup>(61)</sup> até como já se pode antever do contido no item antecedente.

Segundo, [ii] porque, se o controle difuso brasileiro tem defeitos – e, de fato, ele os tem, como visto –, possui também, como já se indicou, enormes virtudes, que derivam precisamente de características que constituem o sistema de justiça constitucional nacional como um todo, características essas que foram sendo construídas ao longo de largo tempo e das experiências político-jurídicas singulares que o país atravessou,<sup>(62)</sup> bem como da consideração de suas particulares transformações sociais nesse mesmo período.

Dentre tais **peculiares características virtuosas**, já incrustadas em nossa cultura jurídica interna, que não poderiam ou que não deveriam ser perdidas em um país como o Brasil, citam-se apenas algumas, para que se possa constatar a palpável realidade e consistência teórico-prática das afirmações anteriores: **[a]** o sistema de controle difuso atual, bem ou mal, garante o **acesso direto e individual dos cidadãos** à Justiça Constitucional, **da base da justiça ao STF** (BONAVIDES; JORGE MIRANDA),<sup>(63)</sup> particularmente para a defesa de seus direitos fundamentais (FERRAZ e MENEZES DE ALMEIDA);<sup>(64)</sup> **[b]** o sistema vigente permite uma **“capilarização” do poder**,<sup>(65)</sup> extremamente desejável, segundo a posição de Ovídio Baptista da Silva (ainda em 2006), com certo afastamento da justiça de base das cúpulas jurisdicionais<sup>(66)</sup> e a sua correspondente aproximação do “demandante-cidadão”,<sup>(67)</sup> em cada recanto deste país que é, literalmente, um verdadeiro continente; **[c]** o sistema misto e, particularmente, o modelo difuso em vigor, permitem, com isso, uma **maior legitimação** democrática aos juízes constitucionais (BONAVIDES),<sup>(68)</sup> em um modelo em que não são eles eleitos; **[d]** o sistema de justiça constitucional presente, mesmo sendo de matriz estadunidense<sup>(69)</sup> e ainda que o sistema jurídico nacional propriamente dito não seja o de *Common Law*, apesar das conhecidas dificuldades que isso provoca, bem **se adapta a outras características do sistema jurídico-político brasileiro**, tal como as da federação e do presidencialismo, típicas da conformação jurídico-política norte-americana (da qual também somos, em não pouca medida, herdeiros mais que centenários), conforme Jorge Miranda.<sup>(70)</sup>

Ora, postas as coisas nesses termos ainda não mais do que exemplificativos, parece já ficar evidente que não será pela eleição do modelo difuso como **bode expiatório** para todos os problemas da justiça constitucional brasileira, nem por uma tentativa de sua pura e simples eliminação do ordenamento, ou de sua degradação explícita ou mesmo implícita,<sup>(71)</sup> que se haverá de dar tratamento adequado às



sensíveis questões levantadas no item precedente.

Pelo contrário. Como se vê, parece estar bem indicada, e por **vários motivos**, a **relevância da manutenção desse modo de controle de constitucionalidade** para uma sociedade com as particularidades da brasileira, que: [a] ainda vivencia a necessidade de incrementar a legitimidade democrática de suas instituições; [b] necessita fomentar a cidadania por meio do efetivo exercício direto dos direitos dos cidadãos, particularmente, daqueles de natureza constitucional; [c] precisa, por todas as formas legalmente estatuídas, desalojar o poder político da apropriação ainda promovida por certas esferas de influência estranhas ao legítimo republicanismo, que resistem no seio da sociedade brasileira;(72) [d] por incrível que pareça, passadas décadas e mais décadas da adoção formal do Estado Federal, ainda necessita migrar definitivamente do “pecado original do federalismo brasileiro”,(73) que foi “o regionalismo oligárquico”,(74) e de seus consequentes movimentos pendulares históricos em direção a recorrentes posturas extremo-opostas, que são aquelas de um “centralismo intervencionista”, para a prática real e consistente de um “federalismo cooperativo de novo tipo”, democrático, nascido com a “Constituição de 1988”,(75) no que a justiça constitucional não concentrada tem também, por certo, muito a contribuir; [e] também para tanto, tem a necessidade de **desconcentrar** esse poder, mesmo na esfera judicial, de modo que ele possa ser exercido legitimamente pelo povo, sob as mais variadas formas constitucional e legalmente previstas (inclusive, enquanto cidadão-demandante e sob a forma do próprio conflito judicial,(76) se for o caso – e aí se tem uma especial (e não muito enfrentada) função “ético-política” da jurisdição);(77) [f] precisa, por fim, incentivar a defesa e a materialização dos **direitos fundamentais**, sob suas variadas formas possíveis, já a partir do exercício **direto** de ação pelos demandantes-cidadãos **nos casos concretos** em que estejam em jogo seus mais caros interesses.

Logo, tudo isso, que é só o começo, bem medido e bem pesado, já dá motivos reais e consistentes para que se persevere na busca pela manutenção do controle difuso brasileiro.

Contudo, não é só. Para além do exposto, essas considerações nos impulsionam também na direção do acolhimento de uma visão **conservativa adaptativa** – mas **não “conservadora”** – do modelo e do sistema brasileiro, por outra ordem de razões [iii].

É que disso tudo parece também emergir a natural necessidade de se evitar certos radicalismos que propõem uma espécie de “hermenêutica da destruição” (BARBAS HOMEM, 2006)(78) com relação ao modelo difuso vigente, porque [a] deles não vem a contrapartida da apresentação de proposições substitutivas que sejam comprovadamente aptas a, pelo menos, gerar esses mesmos efeitos positivos e necessários às nossas peculiares necessidades nacionais, antes elencados.

Mais ainda: porque [b] da eventual adoção dessas posições mais extremas nessa área, a bem de remodelar intensa e abruptamente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, deriva, no mínimo, também **o risco do agir imprudente**. Ou por outra: porque aí se passa a correr o risco de se menosprezarem tradições jurídicas locais importantes (embora menos visíveis), de se descartarem experiências jurídicas construídas penosamente ao longo dos anos de transformação social, cultural e política (e incrustadas no ordenamento e nas práticas judiciais, bem como na própria sociedade),(79) ou de se afastarem tais remodelações em demasia da viva realidade social, política e jurídica vigente (não apreensível em toda a sua extensão por posições

demasiadamente **racionalizantes** – e redutoras(80) – do mundo da vida).

Enfim, tudo evidencia que, em oposição a essa radicalização da busca pela solução dessa problemática, é preciso agir com **prudência** neste tema; é preciso “aprender a discernir as continuidades e as transições profundas” (OST; BARZOTTO)(81) por detrás das criações constitucionais que aparentemente nos seriam dadas **sem origem**, por uma espécie de fenômeno de “**abiogênese** jurídica”; é preciso considerar que, nos fundamentos dessas discussões relativas ao modelo difuso de controle de constitucionalidade brasileiro, encontram-se inseridas questões bem mais complexas do que supõe o senso comum teórico-jurídico, relativas à **tradição**,(82) à **cultura jurídica local** e à **realidade fática** brasileira.

Só assim será possível tratar de forma razoável e bem equilibrada – na sua **justa medida**(83) – um problema multifacetado e hipercomplexo, que é de grande relevo jurídico-político para o aprofundamento da democracia no Brasil e para a consolidação de suas instituições jurídico-políticas.

Logo, **conclui-se**, são essas posturas conservativas adaptativas não só **desejáveis** como aparentemente **viáveis**, sendo, aliás, de se questionar, isto sim, a viabilidade de propostas que tencionem alterações tão largas e prontas do sistema que só possam vir a desconsiderar em grande medida as construções jurídicas, políticas e culturais anteriores,(84) pretendendo algo como uma sua reinauguração ou refundação e pressupondo, pois, para tanto, a questionável possibilidade de criar-se ou partir-se de uma espécie de **marco zero de sentido**, relativamente à nossa tradição, história e cultura jurídicas nesta área.

### **3 O futuro em construção: dos transplantes constitucionais ao diálogo intercultural jurídico e jurisdicional. Um possível caminho para uma adaptação conservativa do controle difuso brasileiro**

Expostas essas razões, é de migrar-se da discussão acerca do **por que manter o modelo** em estudo, para aquele outro debate sobre **como proceder** para tanto.

Nesse sentido, ainda que se tenha já adiantado a posição que defende uma visão de adaptação conservativa do modelo difuso, parece útil começar esta nova discussão por meio de uma breve identificação de possíveis extremos opostos doutrinários que se proponham a fornecer soluções mais radicais para tais dificuldades.

Ter-se-ia, assim, *grossa modo*, atualmente, no Brasil, em um extremo, **(a)** as posições – que aqui denominaremos precariamente de **concentracionistas do sistema de controle**(85) – que pretenderiam a extinção do modelo difuso no Brasil;(86) em outro, **(b)** estariam aquelas que, por via transversa, acabariam por tê-lo por essencialmente transformado, mediante o ingresso de determinados institutos jurídicos alienígenas, mas em tal medida que alterariam de modo profundo as suas feições atuais(87) – que aqui denominaremos provisoriamente como **transformistas**(88) **do sistema**.(89)

Ora, o que mais importa, neste primeiro momento, não é propriamente investigar a fundo a extensão ou a qualidade das críticas que essas posições polarizadas recebem, bastando, quanto a esse ponto e nesta altura, a constatação de que elas não são e não podem ser acolhidas de

plano, sem maiores explicações teóricas e práticas, por várias razões que merecem detida consideração.<sup>(90)</sup> O que é mais relevante, isto sim, é a clara **identificação dessa polarização**.

De fato, o benéfico (e fundamental) efeito da identificação desses extremos é o de tornar o terreno de nossa busca por respostas para uma adequação de nosso modelo de controle bastante mais restrito, desde logo, de forma clara e consistente. E, passando ele a estar mais bem demarcado, evidencia-se também o fato de que é nessa “terra de ninguém”, em algum lugar entre aqueles dois limites opostos, que estará **uma solução mais equilibrada** para a dita adaptação conservativa do modelo de controle difuso.

Mas como, então, levar adiante esse especial revolver de todo esse ainda vasto terreno, em busca das possibilidades deixadas aí, nesse largo espaço demarcado precariamente apenas pelo contraste com aquilo que, já à partida, não se quer ou não se pode querer?

A solução parece passível de ser encontrada por meio da busca por um **diálogo efetivo entre diferentes realidades jurídico-culturais, espaciais e temporais** que seja dirigido fundamentalmente pelo **norte da prudência**<sup>(91)</sup> – porque preocupado com as complexas questões da **tradição**, da **história** e da **cultura jurídica local**. Esse instrumental de abordagem **conservativa adaptativa** do sistema será, então, aquele que estará apto, em linhas gerais, a propor a **manutenção do sistema difuso brasileiro, mas com progressivas adaptações por meio de um consistente e constante diálogo intercultural**<sup>(92)</sup> e **judicial**<sup>(93)</sup> – como aqui se propõe.

Todavia, essa resposta é insuficiente. Ela ainda parece querer saltar por sobre a dificuldade do **como de fato proceder** para realizar esse diferenciado diálogo intercultural.

Recuemos, pois. É necessário buscar apoio em estudos já consolidados nessa área para uma partida consistente em direção a uma construção teórica que seja sólida no ponto. E esse apoio inicial parece ser-nos fornecido pela experiência e pela realidade atual do estudo e da ocorrência das migrações, das transferências e dos empréstimos constitucionais, já mencionados.

Com efeito, trata-se aqui de considerar aquela abordagem teórica do Direito Constitucional que entende não ser possível, no contexto social, jurídico e político da contemporaneidade, deixar de lançar um detido olhar e até de se influenciar positivamente pelas experiências constitucionais estrangeiras bem-sucedidas. Nesse sentido, em sendo necessário, seria de se promover, pelas mais variadas vias – doutrinária, jurídica (ou legislativa) e judicial (ou jurisprudencial, no que cabível) –, o dito **empréstimo constitucional**<sup>(94)</sup> (*constitutional borrowing*),<sup>(95)</sup> mesmo quando o assunto for uma adequação do sistema de controle de constitucionalidade interno.<sup>(96)</sup>

De outro lado, é interessante lembrar que já faz parte também dessa abordagem a ideia de que se devem evitar os abusos e exageros de transplantes teóricos ou os chamados “empréstimos malfeitos”.<sup>(97)</sup> E estes, por sua vez, parecem-nos ser justamente aqueles que, pelo seu radicalismo ou pela sua pressa, acabam por desconsiderar a história, a tradição e a cultura jurídica do país receptor,<sup>(98)</sup> bem como sua realidade atual, nos casos mais óbvios; ou, quiçá, aqueles que não percebiam suficientemente bem os fundamentos de determinados fenômenos dos países de origem de tais empréstimos constitucionais teóricos, ou mesmo optem, por qualquer motivo, por deixar de lado

certos aspectos de relevo que lhes sejam inerentes.

Já em um extremo mais sofisticado, os **empréstimos malfeitos** podem ser, ainda, aqueles que, mesmo feitos por teses cuidadosas e juristas qualificados, acabem por deixar de fora de suas considerações (encobertos) aspectos importantes dessa problemática ou simplesmente deixem de considerá-la a partir de uma **verdadeira postura dialógica** para a formulação de uma necessária **hermenêutica da adaptação** – no sentido do que afirma Ost.(99)

Ora, mas é precisamente nesse ponto que parece entrar em cena a imperiosidade de se concretizar uma postura de séria e severa consideração da tradição e das culturas jurídicas envolvidas nessas trocas, de forma mais vinculada, bem como os demais elementos de uma hermenêutica jurídica(100) genuína para a dita adaptação. E é precisamente isso que nos remete a uma aproximação de contornos mais concretos do que seria o dito **diálogo intercultural jurídico e jurisdicional**, transcendente, nessa medida, à noção mais aberta ou lassa dos chamados empréstimos constitucionais.

Conforme o que permite o curto fôlego deste trabalho, a bem de procurar-se uma sintética e precária individuação de alguns desses contornos iniciais, considere-se, então, sobre a noção aqui proposta de diálogo intercultural jurídico e jurisdicional, o seguinte:

[i] Tal diálogo intercultural pressupõe [a] o reconhecimento mútuo entre culturas jurídicas, bem como [b] uma herança democrática similar dos sistemas ou ordenamentos envolvidos (GARAPON e PAPAPOULOS).(101)

Tal diálogo depende, ainda, [ii] de um exercício de prudência, no sentido já mencionado alhures (OST; BARZOTTO).(102)

Envolve, além disso, [iii] uma avaliação e revisão crítica, ao longo do tempo, das leis e das tradições em consideração (OST),(103) por meio do exame e da avaliação concreta de **contextos interpretativos que preexistem à lei**, quais sejam:

[a] do contexto interpretativo da **linguagem** (considerando-se, v.g., o chamado “discurso invisível” gerado pelas culturas jurídicas em consideração, discurso esse que, por sua vez, gera certas “expectativas de sentido” nos juristas e nos operadores que podem ser determinantes para condicionar, em um ou em outro sentido, o alcance teórico-prático de iniciativas normativas ou jurisprudenciais de adaptação do modelo);  
[b] do contexto interpretativo do **sistema jurídico preexistente** à nova lei, em sendo o caso;  
[c] do contexto interpretativo das **comunidades interpretativas especializadas**, que inexoravelmente agirão de forma dinâmica e concreta sobre as adaptações, dando-lhes “vida autônoma”.

Exige, por fim, a enovelar todas essas características, [iv] uma postura epistemológica que considere, nesse processo adaptativo, as lições cabíveis da hermenêutica filosófica(104) ou, no mínimo, de suas derivações, equivalências (GADAMER; GRONDIN; RICOEUR; C. CÉSAR,(105) v.g.) ou posicionamentos similares possíveis – não sem descartar, posteriormente, quando da interpretação e da aplicação do Direito, possíveis formas de compartilhamento público intersubjetivo das razões das decisões daí derivadas.(106)

De resto, não é por outro motivo, então, que, apesar de se invocar inicialmente aquela terminologia hoje já tão difundida, oriunda do Direito

Constitucional Comparado, se deixa de tratar essa questão propriamente em termos de **empréstimo constitucional**,<sup>(107)</sup> optando-se, isto sim, por invocar aqui algo que vai além de só mais uma nova denominação.<sup>(108)</sup> É por meio desse instrumental (ou fenômeno) do **diálogo intercultural jurídico e jurisdicional**,<sup>(109)</sup> assim precária e preliminarmente caracterizado neste ensaio, quase à moda de um mero rascunho propositivo inicial, que se pretende encontrar uma forma de examinar se é possível encontrar, na tradição e na cultura jurídica local do sistema receptor das relativas novidades instrumentais ou procedimentos inovadores, um ponto de conexão suficientemente forte com esses elementos transformadores.

Tudo para que, a partir daí, se dê uma evolução adaptativa, no seio dessa mesma tradição e cultura, que não resulte em artificialismos ilusórios ou ineficazes e que derive de um paulatino e constante trabalho doutrinário e jurisprudencial interpretativo,<sup>(110)</sup> ou mesmo da concepção, da aplicação e do desenvolvimento de instrumentos normativos (já existentes ou não)<sup>(111)</sup> que funcionem como **pontes normativas precárias iniciais**<sup>(112)</sup> entre as diferentes culturas jurídicas em questão (aquela dita receptora da novidade e a doadora da noção beneficiadora do outro sistema), ou entre a realidade jurídica adaptável (o presente) e aquela finalmente adaptada posteriormente (o futuro).

Nisso tudo se vislumbra, pois, no que tange à consideração desse intervalo temporal, ora examinado, que liga o presente ao horizonte futuro, um possível caminho para uma dita "adaptação conservativa" do controle difuso brasileiro.

### **Considerações finais: "Entre o passado e o futuro". A busca por um caminho autêntico**

Entre o passado e o futuro, ainda parece subsistir íntegra, hoje, aquela lacuna, que Hannah Arendt (1968)<sup>(113)</sup> já a seu tempo apontou, deixada por um mundo contemporâneo que, no fim de tudo, desintegra ou pretende desintegrar a tradição. E que não mais lhe concede tempo ou guarida para sua recomposição. Assim é, também, na área do Direito e, mais especificamente, na da justiça constitucional brasileira.

Pretende-se também aí, por vezes, o ilusório exercício da refundação das coisas, a afirmação do **marco zero** da cultura jurídica e de sua tradição, a partir de um supostamente plenipotenciário instante criador e transformador dado pela nova norma. Entretanto, esse miraculoso "*fiat ius!*", como se viu, é impossível, não existe nessa extensão suposta e não é dado, a rigor, nem mesmo ao constituinte originário obter com efeito prático sobre a realidade das coisas.

Mesmo na remodelação normativa constitucional que se pretenda total, não há como fugir inteiramente ao passado, às práticas do meio jurídico que vigoram (e que se transformam) através dos tempos, à linguagem que é compreendida sempre a partir e dentro de certos limites por uma determinada comunidade jurídica.

Por mais que a violência das pressões e premências contemporâneas se faça sentir e comprima ou encubra o passado, pretendendo fazer do presente um instante inaugural de um futuro completamente novo e original, ele, o passado, está sempre posto. E entre esse passado e o futuro está um presente que, por sua vez, não se dissocia jamais do que lhe antecede, enquanto não cessa de tornar-se, em seguida, um sempre **condicionado** vir a ser. Tudo em um ancorado e infatigável **lançar-se à frente**, tudo se constituindo em um *continuum* inquebrantável, que

vale mesmo no mundo jurídico, já que tudo isso lhe afeta de modo inexorável, sem frestas para um escapar-se de si mesmo – e tudo, portanto, interessando profundamente para a discussão das necessárias adaptações para a conservação do controle difuso de constitucionalidade que temos.

Aliás, não é à toa que Paul Ricoeur<sup>(114)</sup> já advertiu sabiamente: **“A compreensão é uma aventura perigosa em que todas as heranças culturais correm o risco de afundar em um sincretismo vago”**. Mesmo com todos os cuidados e o respeito pelo contexto em transformação das culturas e tradições jurídicas, é possível que simplesmente não consigamos bem apreender o significado das coisas e promovamos alterações normativas equivocadas, interpretações judiciais descabidas, adaptações sistêmicas mal-sucedidas no ordenamento jurídico. E que disso resulte uma terceira coisa, negativa, que não é nossa, nem é outra; que não corrija nem adapte, só distorça ou só confunda.

Que se supor, então, acaso não se dê atenção devida a esses aspectos dessa intrincada problemática?

É por isso, portanto, que a palavra final e de ordem neste ponto torna a ser a do apelo à prudência, no sentido antigo e mais denso do termo, apelo esse mediado pelos demais cuidados objetivos antes sugeridos, tudo a constituir-se em um verdadeiro “mínimo”, essencial ao trato dessa problemática que nos assedia do mundo de hoje. Não é demasia, por conseguinte, deixar registrado de forma expressa que todo cuidado é pouco nessa matéria, e que o que se pode ter a perder aí é muito.

Assim, aqui resta evidenciado, ao final de tudo, que, para bem solucionar a questão da necessária adaptação conservativa do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, e daqueles que lhe são similares ao menos em origem histórica e cultural, já não será possível simplesmente pretender transplantar institutos de uma cultura jurídica para outra, de forma acrítica, ou mesmo de forma séria e cuidadosa, mas de um modo que, por um motivo ou outro, acabe por se mostrar desconectado dos devidos cuidados hermenêuticos e prudenciais já referidos.

Muito menos, então, poderá ser essa problemática tratada em termos de uma migração radical para um ou outro modelo exclusivo de controle de constitucionalidade, de forma a desvincular pronta e profundamente a justiça constitucional nacional de sua tradição presente e passada de sistema misto, dotado de um modelo difuso construído já ao longo de mais de uma centúria – mesmo que sob o pretexto de dar guarida aos argumentos eficientistas, hoje tão em voga, ou de agasalhar alguma outra razão de natureza mais substancial ou de maior densidade teórica, supostamente mais relevante para tanto.

De resto, externa-se a confiança, ao final deste breve ensaio, no sentido de que, se todo esse mínimo agir cauteloso for bem observado, para uma adaptação conservativa de nosso sistema de controle difuso de constitucionalidade, poderá ter-se em mãos, dentro de um tempo ainda razoável, um renovado e poderoso instrumental para a efetivação mais adequada de direitos fundamentais, bem como de concretização da força normativa da Constituição, no âmbito local, sem descurar do contexto global. Tudo a partir da adaptação de uma justiça constitucional difusa mais adequada e mais prudentemente aplicada aos casos concretos, levada a termo por meio de uma atuação mais equilibrada e coerente de nossos juízes, mesmo ante uma postura que não pretenda e que não admita, sob qualquer pretexto, simplesmente ignorar a inigualável

riqueza casuística da realidade.

Mais ainda: que assim o será por meio de uma justiça constitucional que reencontre e assuma suas raízes, justamente neste momento de mundialização das experiências jurídicas. De uma justiça que, sem se isolar do mundo, olhe para si mesma, para o muitas vezes esquecido interior do rico amálgama cultural ibero-americano,(115) e nele descubra, assim, as singularidades necessárias para bem adaptar e utilizar o que lhe é exterior. E que assim seja capaz de encontrar um verdadeiro caminho autêntico para um digno enfrentamento da contemporaneidade no âmbito de sua fundamental atuação para a afirmação do Estado de Direito e democrático brasileiro.(116)

### Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de Processo**, v. 229, p. 433-52, mar. 2014.

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (O que é isto?, v. 3).

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante 'versus' precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 33, n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

ABBOUD, G.2012\_\_\_\_\_. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191-214, 2012.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Traduzido por Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. **Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional**. Traduzido por Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. The rise of world constitutionalism. **Occasional Papers (Yale Law School)**, Paper 4, 1996. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop\\_papers/4](http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4)>. Acesso em: 28 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Transformação do Direito Constitucional. Traduzido por Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. **We the people: foundations**. Harvard University, 1993.

\_\_\_\_\_. **We the people: transformations**. Harvard University, 1998.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**. Traduzido por Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A Federação a serviço da democracia e do Estado de Direito. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos

Bastide; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e democracia**: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 219-228.

\_\_\_\_\_. Súmula vinculante. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (org.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 209-221.

\_\_\_\_\_. Dez ideias sobre a liberdade, extraídas da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos Bastide; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e democracia**: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 229-250.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Direito Constitucional nas origens do Estado brasileiro: alguns pontos da obra do conselheiro Botrero. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, p. 366-373, jan./jun. 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos Bastide; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e democracia**: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade no controle concreto. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos Bastide; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e democracia**: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 433-443.

APPPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 17. ed., 1. reimpr. Traduzido por Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 13. ed. refundida. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

BAGGIO, Moacir Camargo. **Diálogo intercultural e transcendência das decisões judiciais contemporâneas**: o problema brasileiro da uniformização da jurisprudência em sede de controle difuso de constitucionalidade. Relatório conclusivo das disciplinas do Curso de Doutorado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) de Metodologia Jurídica I e II, ministradas pelo Prof. Dr. António Pedro Barbas Homem na Universidade de Lisboa. Ano letivo 2013-14. Disponível na biblioteca da FDUL, Lisboa-Portugal (80 p.).

\_\_\_\_\_. **Dificuldades e ameaças contemporâneas para o controle de constitucionalidade**: o problema brasileiro das tentativas de 'desconstrução imprópria' do modelo difuso em fiscalização concreta. Relatório conclusivo das disciplinas do Curso de Doutorado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) de Direito Constitucional I e II, ministradas pelo Prof. Dr. Jorge Miranda na Universidade de Lisboa. Ano



letivo 2013-14. Disponível na biblioteca da FDUL, Lisboa-Portugal (101 p.).

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e práticas indevidas na jurisdição constitucional contemporânea:** do voluntarismo judicial ao imobilismo jurisdicional. Relatório conclusivo das disciplinas do Curso de Doutorado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) de Direitos Fundamentais I e II, ministradas pelo Prof. Dr. Jorge Reis Novais na Universidade de Lisboa. Ano letivo 2013-14. Disponível na biblioteca da FDUL, Lisboa-Portugal (195 p.).

\_\_\_\_\_. Jurisdição como instrumento de reconhecimento e de construção da democracia enquanto cooperação reflexiva (em Honnet e Dewey). **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, a. 3, n. 05, p. 3.241-3.282, abr. 2014. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014\\_05\\_03241\\_03282.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_05_03241_03282.pdf)>. Acesso em: jun. 2014.

BAGGIO, Moacir Camargo; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Constituzionalismo.it**, Roma, v. 2, p. art20091111-1, 2009. Disponível em: <[www.constituzionalismo.it/articoli/323](http://www.constituzionalismo.it/articoli/323)>.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **Filosofia do Direito:** os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico contemporâneo:** uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Prudência e jurisprudência. Uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência romana a partir de Aristóteles. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**, v. 1, p. 163-192, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2010. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200006>>.

BONFIELD, Lloyd. **American Law and the American legal system:** in a nut shell. St. Paul, MN (USA): Thomson/West, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris.

CAMARGO, Aspasia. Federalismo e identidade nacional. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). **Brasil:** um século de transformações. 2. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 309-347.

CASTANHEIRA NEVES, A. **O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2014.

\_\_\_\_\_. **O problema da constitucionalidade dos assentos:**

comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional (Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência). Coimbra: Coimbra, 1994.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: economia, sociedade e cultura. 4. ed. Traduzido por Alexandra Lemos, Catarina Lorga e Tânia Soares. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. v. I.

\_\_\_\_\_. **O poder da identidade**: a era da informação: economia, sociedade e cultura 2. ed. Traduzido por Alexandra Lemos e Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. v. II.

CESAR, Constança Marcondes. A ontologia hermenêutica em Paul Ricoeur. In: CESAR, C.M. (org.). **A hermenêutica francesa**: Paul Ricoeur. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 27-41.

CHOUNDRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. New York: Cambridge University, 2006. (Versão eletrônica).

DAVID, René. **Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Traduzido por Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. Hart and the concepts of Law. **Harvard Law Review Forum**, v. 119, p. 95-104, 2006.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Traduzido por Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Globo, 2012.

FARIA, José Eduardo. O direito e a crise financeira. **Julgar**, Lisboa, v. 1, p. 1-2, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. Reforma da Justiça: o sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/S0103-40142004000200006&pid=S0103->

40142004000200006&pdf\_path=ea/v18n51/a06v1851.pdf>. Acesso em: maio 2014. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200006>>.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A repercussão geral e a objetivação do controle concreto. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (org.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 193-208.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Comentário ao art. 52, inciso X. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2.465-83. (Versão eletrônica).

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por E. Saldanha. São Paulo: WMF M. Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, a. 89, v. 782, dez. 2000.

FRIEDMAN, Barry; SAUNDERS, Cheryl. Symposium – Constitutional Borrowing: Editor's Introduction. **International Journal of Constitutional Law**, n. 1, p. 177-180, 2003.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A history of American Law**. 3. ed. New York: Touchstone, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 9. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, Bragança Paulista/SP: São Francisco, 2008. v. I.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. 13. reimpr. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

\_\_\_\_\_. **O saber local**. Traduzido por Vera Mello Josceleyne. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 7. ed. Traduzido por A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.). **Interpreting Constitutions: a comparative study**. Oxford: Oxford University, 2007.

GRAES, Isabel Maria dos Santos. **O poder e a justiça em Portugal no século XIX**. Lisboa: AAFDL, 2014.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer**. Traduzido por Constantino Ruiz-Garrido. Espanha: Herder, 2003.

HART, Herbert L.A. **O conceito de Direito**. Traduzido por A.R. Mendes. 6. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2011.

HASEBE, Yasuo. Constitutional borrowing and political theory. **International Journal of Constitutional Law**, n. 1, p. 224-243, 2003.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. San Bernardino, CA (USA): 2015.

HOMEM, António Pedro Barbas. **'Judex Perfectus'**: Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal – 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003. (Coleção Teses).

\_\_\_\_\_. **O espírito das instituições**: um estudo de história do Estado. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. O perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal. In: HOMEM, A.P. Barbas et al. (coord.). **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007. p. 53-70.

HOMEM, António Pedro Barbas et al. (coord.). **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HORBACH, Carlos Bastide. Romper (pre)conceitos sobre jurisdição constitucional. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-22/analise-constitucional-romper-preconceitos-jurisdicao-constitucional?imprimir=1>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7. ed. Traduzido por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEAL, Roger Stiefelmann. O exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos Bastide; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e democracia**: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 589-610.

LEFORT, Claude. **La incertidumbre democrática**: ensayos sobre lo político. Barcelona: Antropos, 2004.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Traduzido por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, n. 58, p. 182-202, nov.

2000.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. O modo setecentista de julgar em Portugal. Uma reflexão em torno do valor dos precedentes judiciais no passado e no presente. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. (coord.). **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007. p. 121-129.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law. In: ARMELIN, Donaldo; QUARTIERI, Rita (org.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 859-904.

\_\_\_\_\_. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. Proposta de alteração do CPC para atribuir força aos precedentes. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodium, 2010. p. 281-282.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar F. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, G.F. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. A fiscalização da constitucionalidade: uma visão panorâmica. **Scientia Iuridica**, n. 2, p. 161-180, jul./dez. 1993. Separata.

\_\_\_\_\_. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. v. VI, Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**: as funções do Estado e o Poder Legislativo no ordenamento português. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. Tomo I.

\_\_\_\_\_. Insuficiência dos efeitos 'inter partes' das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídico portuguesa. In: MORAIS, C.B. de; RAMOS, Elival da Silva (org.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 53-61.

\_\_\_\_\_. **Justiça Constitucional**: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. Tomo I.

\_\_\_\_\_. **Justiça Constitucional:** o Direito do contencioso judicial. 2. ed. Coimbra: Coimbra, Lisboa: Wolters Kluwer, 2011. Tomo II.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** Traduzido por Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando os direitos a sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito:** introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático.** Coimbra: Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Comentários ao Código de Processo Civil:** novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomas de. Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e Epistemologia:** 50 anos de Verdade e Método. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41-58.

OST, François. **O tempo do Direito.** Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing, and migrations. **Boston College Law School Faculty Papers**, 2012. Disponível em: <<http://weblaw.haifa.ac.il/en/JudgesAcademy/workshop1/Documents/Migration%20and%20Borrowing.pdf>>. Acesso em: abr. 2015.

PÊPE, Albano M.C.; ROCHA, Leonel Severo da. **Genealogia da crítica jurídica:** de Bachelard a Foucault. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? **Temas atuais de Processo Civil**, v. 2, n. 5, maio 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/58-v2-n5-maio-de-2012/192-precedentes-obrigatorios-ou-precedentes-a-brasileira>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Diálogo judicial internacional:** a influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do Estado de Direito e dos princípios democráticos. Tese de doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Defendida e

aprovada em 2014.

RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAIS, C. Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (org.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 63-87.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Traduzido por Hilton Japiassu. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

\_\_\_\_\_. **O conflito das interpretações**: ensaios sobre Hermenêutica. Traduzido por M.F. Sá Correia. Porto, Portugal: RÉ, 1988.

\_\_\_\_\_. **O justo ou a essência da justiça**. Traduzido por Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROCHA, Leonel Severo da. A institucionalização do republicanismo no Brasil: o papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Entre discursos e culturas jurídicas. **Stvdia Iuridica**, Coimbra, n. 89, p. 47-80.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, a. 2, n. 12, p. 14.299-14.329, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_12\\_14299\\_14329.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_12_14299_14329.pdf)> Acesso em: jun. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; TESHEINER, José Maria Rosa; FERNANDES, Juliano Gianechini. Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do Código de Processo Civil. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, a. 13, n. 1075, 03 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: maio 2015.

SCHAWER, Frederick. On the migration of constitutional ideas. **Connecticut Law Review**, n. 37, p. 907-919, 2004-05. Disponível em: <[http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/37conn\\_l\\_rev907\\_2005.pdf](http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/37conn_l_rev907_2005.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University, 1999. (E-book).

SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI**: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. México, D.F.: Universidad Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas (Circuito Mario de la Cueva), 2004. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1503/pl1503.htm>>. Acesso em: mar. 2013.

\_\_\_\_\_. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia

constitucional. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. I, n. 2, 2003.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito português**: fontes do Direito. 5.ed. rev. e actual. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Justiça da lei e justiça do caso. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 400, p. 189-205, nov./dez. 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. (coord.). **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007. p. 21-34.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, p. 37-58, 2007. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em: out. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 103-A e seus parágrafos. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 3.227-90. (V. eletr.).

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto**: decido conforme a minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias



discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TARUFFO, Micheli. La motivazione della sentenza. **Revista de Direito Processual Civil Genesis**, Curitiba, v. 31, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THOMPSON FLORES LENZ, Carlos Eduardo. Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 87-140, out. 2014.

TRIBE, Laurence; DORF, Michel. **Hermenêutica constitucional**. Traduzido por Amaríllis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TUSHNET, Mark. The possibilities of Comparative Constitutional Law. **Yale Law Journal**, v. 108, n. 6, p. 1225-1309, abr. 1999.

VAN CAENEGEN, R.C. 'Oráculos da lei' ou 'bouche de la loi'. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. (coord.). **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Seminário Internacional. Coimbra: Almedina, 2007. p. 35-51.

\_\_\_\_\_. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional ocidental**. Traduzido por Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, p. 121, jun. 2009.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colônia**: o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Lanham, Maryland (USA): Rowman & Littlefield, 1994.

WOLKMER, Antônio C. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**: ley, derecho, justicia. Traduzido por Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200-.

## Notas

1. O presente ensaio resulta de uma síntese das pesquisas e dos escritos produzidos quando da elaboração de capítulo similar para obra coletiva a ser publicada pelo núcleo de estudos de Justiça Constitucional da FDUL, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Miranda (FDUL/Portugal) e pelo Prof. Dr.

Fernando Dias Menezes de Almeida (USP/São Paulo). Pode, pois, de certa forma, ser considerado como uma adaptação e como uma pequena complementação daquele estudo anterior, intitulado "Presente e futuro do controle difuso de constitucionalidade no Brasil: por uma **adaptação conservativa** através de um **diálogo intercultural** jurídico e judicial". Também é resultado de parte dos estudos levados a termo no primeiro ano letivo de doutoramento na Universidade de Lisboa (2013-14) e do segundo ano de pesquisas, naquela e em outras instituições, bem como de início de redação da respectiva tese (2014-15).

2. Cf., *v.g.*, CHOUNDRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. New York: Cambridge University, 2006. (Versão eletrônica). Também assim, no Brasil, YAZBEK, Otávio. Considerações sobre a circulação e transferência de modelos jurídicos. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Santiago (org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 540-557.

3. Cf. YAZBEK, Otávio. 2001. p. 541.

4. Cf. HASEBE, Yasuo. Constitutional borrowing and political theory. **International Journal of Constitutional Law**, n. 1, p. 224-243, 2003 apud SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 135, nota 11 – a título exemplificativo, citando-se o caso japonês do pós-guerra, no tocante à "interpretação e à aplicação de princípios constitucionais importados do Ocidente".

5. Cf. PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing, and migrations. **Boston College Law School Faculty Papers**, 2012. Disponível em: <http://weblaw.haifa.ac.il/en/JudgesAcademy/workshop1/Documents/Migration%20and%20Borrowing.pdf>>. Acesso em: abr. 2015. Trata-se de *Associate Professor*, Boston College Law School, e *Visiting Associate Professor*, Harvard Law School (Fall 2011). Refere, sobre o ponto: "All fields of knowledge are shaped by ideas that travel in time and space. From history to economics to the natural sciences, the circulation of ideas is both 'a fact of life and a usefully enabling condition of intellectual activity'. Law is no exception. As Roscoe Pound remarked in **The Formative Era of American Law**(1938), the 'history of a system of law is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law.' The development of the English common law, the Roman-Canonic *jus commune*, and the advent of constitutionalism in the second half of the twentieth century are examples of phenomena in which the circulation of legal norms and ideas changed not only legal systems but also the course of history (...). Faster means of communication, the ease of travel, and the globalization of legal education contribute to the intensification of constitutional borrowing. As Sujit Choudhry has recently noted, 'the migration of constitutional ideas across legal systems is rapidly emerging as one of the central features of contemporary constitutional practice'" (p. 1).

6. Sobre os efeitos da globalização sobre o Direito e a Economia, nas últimas décadas, inclusive com uma possível predominância de certa tendência de transferência de práticas e critérios da *Common Law* para países de tradição continental europeia, *vide* DEZALAY, Yves; TRUBEK, David. A reestruturação global e o Direito. In: **Direito e globalização da Economia: Implicações e perspectivas**. 2. tir. São Paulo: Malheiros,

1998. p. 40 e ss., apud YAZBEK, Otávio. Op. cit., 2001, p. 547, nota 19.

7. Cf. ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**. Traduzido por Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. Nesse sentido, já na introdução daquela obra referem expressamente os autores: "O direito tornou-se um bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada. Cada vez mais, as regras que organizam a nossa vida comum são concebidas em outros lugares, e aquelas que são concebidas aqui servirão para formular o direito em países estrangeiros. Na maior parte dos casos, a opinião pública ignora esse facto, o que se verifica em muitas outras áreas (...). Embora não seja recente, essa mobilidade do direito aumentou consideravelmente nos últimos anos" (Ibid., p. 7-8). E de modo mais específico, sobre a comunicação direta entre juízes e juristas: "Começamos com uma constatação que irá pôr toda a gente de acordo: a comunicação entre juízes intensificou-se nestes últimos anos e as fronteiras políticas já não limitam tão facilmente a circulação do direito. (...) O novo comércio entre juízes não é um espaço legislativo à revelia, mas sim um fórum informal de intercâmbios situado, na maior parte das vezes, à margem dos mecanismos institucionais" (Ibid., p. 15).

8. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 135.

9. Por **empréstimo constitucional** aquele autor entende o seguinte: "Esse termo designa, de maneira geral, as influências constitucionais de diversos países e, mais especificamente, 'inclui transplantes e adaptações, reconhecidas ou não, em qualquer estágio de criação de um sistema constitucional ou em seus desenvolvimentos e usos subsequentes' [citando FRIEDMAN, Barry; SAUNDERS, Cheryl. Symposium – Constitutional Borrowing. Editor's Introduction. **International Journal of Constitutional Law**, n. 1, 2003. p. 177]".

10. GARAPON, Antoine; PAPAOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. (Coleção Conflitos, Direitos e Culturas). p. 1.

11. Aliás, é o próprio Perju que adverte, na sequência de seu escrito, citado na nota anterior, sobre as surpreendentes deficiências ainda presentes no campo do *comparative constitutional law* e, particularmente, do *constitutional borrowing*, apesar da extraordinária difusão da matéria mencionada alhures (Ibid., p. 1).

12. Cf. GARAPON; PAPAOULOS. Op. cit., 2008, p. 1.

13. Ibid., p. 1-2.

14. Cf. SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano**. México, D.F.: Universidad Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas (Circuito Mario de la Cueva), 2004. Cf. tb., do mesmo autor, La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justiça constitucional. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. I, n. 2, 2003.

15. GARAPON; PAPAPOULOS. Op. cit., 2008, p. 1-2.

16. Garapon e Papapoulos referem: "A cultura fascina na medida em que nos escapa. Procuramos captá-la. Ela foge. Defini-la? Ela se mostra rebelde a todo aprisionamento em conceito" (Ibid., p. 5). Mas há aproximações possíveis: "A cultura é aquilo que é dado, o 'já presente', o sentido depositado no espírito dos membros de um mesmo povo, na maioria das vezes, de modo inconsciente". Por exemplo, "(...) a leitura de Dworkin é extremamente árdua para alguém que não conhece o direito constitucional americano e, sobretudo, o estilo das decisões da Suprema Corte" (Id.). Mas, mais precisamente, a "cultura jurídica seria o último avatar do que MONTESQUIEU inaugurou com o 'Espírito das Leis', a ancestral de uma família de noções que giram em torno dessa realidade obscura: 'o espírito objetivo' em HEGEL, a 'totalidade significativa' de DILTHEY, a 'consciência coletiva' de DURKHEIM, a 'cultura', para a antropologia norte-americana, e os 'sistemas simbólicos', segundo os antropólogos estruturalistas" (Ibid., p. 7). No entanto, a uma concepção determinista de cultura, devemos opor uma visão mais dinâmica, nos dizem aqueles autores (Ibid., p. 8). Isso nos levaria ao verdadeiro papel da cultura, no campo do jurídico, que talvez melhor nos revele algo de sua real natureza: "O papel da cultura deve ser compreendido de maneira mais modesta e mais justa: ela não dita nada, não constringe a vontade política, não paralisa os determinismos sociológicos, jamais imuniza completamente contra as derivações mais graves, mas, **sim, as favorece ou impede, as prepara ou retarda. Assim, a cultura não dita solução alguma – ela estabelece a tela de fundo conceitual sobre a qual os debates passam a ter sentido**" (Ibid., p. 9-10 – destaquei).

17. Dizem Garapon e Papapoulos (Op. cit., p. 13) que "A cultura jurídica interna é constituída por atitudes, crenças, raciocínios, percepções, valores mais ou menos explícitos, comuns a um grupo de profissionais do Direito. Assim os juristas da '*common law*' têm uma cultura oral da audiência, ao passo que seus homólogos franceses estão voltados para o texto e para o processo. É interessante comparar, por exemplo, o que cada cultura torna opaco ou transparente, o que ela escolhe formular e o que ela conserva implícito".

18. Ainda sobre a opção do diálogo, os autores: "Trata-se de duas maneiras de reduzir essa fratura; dramatizando-a pela metáfora da guerra ou, ao contrário, minimizando-se pela hipótese – aceita com excessiva rapidez – de uma convergência de modelos. Contra a guerra das culturas ou o concerto das nações propomos um **terceiro modelo: o do 'diálogo'. Esse diálogo requer, primeiramente, um reconhecimento mútuo, ou seja, entre outros aspectos, assumir a relatividade da cultura, ao invés de afirmar categoricamente sua superioridade. Mas a '*common law*' e a cultura jurídica francesa compartilham igualmente uma mesma herança democrática**" (Ibid., p. 2 – destaquei).

19. É interessante observar que, segundo Yazbek, já o jurista Oliveira Vianna fazia incisiva crítica a essa postura de pronta importação salvacionista de estruturas normativas inteiras que a história da formação do Direito brasileiro revelaria. Para Vianna, existiria, desde há muito, "um excessivo mimetismo", nas palavras de Yazbek, "que marca a elaboração legislativa e judiciária brasileira, resultando na adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais". Isso conduziria, ainda, a "uma outra face da mesma moeda", que residiria "em uma permanente desarticulação entre discurso e prática" (YAZBEK, Otávio. Op. cit., 2001, p. 551).

20. Em adaptação da expressão de Garapon e Papoulos que é feita aqui,

para os fins deste artigo.

21. *V.g.*, nos relatórios de conclusão de disciplinas do doutoramento na FDUL, citados adiante nas pertinentes notas, bem como no ensaio produzido para o núcleo de estudos da mesma universidade portuguesa, já referido em nota.

22. Particularmente no projeto de tese apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, em abril de 2015, sob o título provisório de **Em defesa do controle difuso de constitucionalidade no Brasil**: pela sua adaptação através de um “diálogo intercultural” jurídico e judicial, que ora se encontra em fase de pesquisa, orientação e redação, para futura defesa pública.

23. Mas, note-se: tudo ainda de forma casuística ou exemplificativa, porque também pouco preocupada, neste momento, com alguma maior sistematização dessa, por ora, apenas aparentemente possível forma de instrumentalização da noção de adaptação conservativa de nosso modelo de controle difuso.

24. Sob a Constituição Imperial de 1824 não havia sistema de controle de constitucionalidade que se assemelhasse aos modelos modernos, já que então: (a) imperava “**o dogma da soberania do Parlamento**” (Cf. MENDES, Gilmar et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1035-6); e (b) a instituição do **Poder Moderador** também não contribuía para que se pudesse pensar em uma forma de controle jurisdicional nos termos já então instituídos nos Estados Unidos da América (Cf. MIRANDA, Jorge **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 55-6; também MENDES, Gilmar. *Ibid.*, p. 1036). Vale dizer, além de outras implicações, a própria noção ou mecânica do sistema norte-americano dos chamados **freios e contrapesos** entre os poderes era concebida de um modo muito distinto.

25. Cf. BARBOSA, Rui. Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. p. 30, apud SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, a. 2, n. 12, p. 14.304, dez. 2013; MENDES, Gilmar. *Op. cit.*, p. 1037-8; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 322 e ss.; BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Justiça Constitucional**: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra, 2006. Tomo I. p. 283 e ss.; MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 216 – que reconhece, por sua vez, também a influência da solução brasileira sobre a Constituição portuguesa republicana, de 1911; tb. assim, REIS NOVAIS, Jorge. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 189.

26. Para considerar a influência do jurista Rui Barbosa nessa notória ocorrência histórica, confira-se o artigo de Leonel Severo da Rocha, A institucionalização do republicanismo no Brasil: o papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891. In: CANOTILHO; STRECK (coord.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. s.d. p. 47-80. *Vide* também, para razões deste quadro, RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAIS, C. Blanco de; RAMOS, E. da Silva (org.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 63-87. E ainda, de forma mais desenvolvida, do mesmo autor, **Controle de**

**constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010 (particularmente a Seção I do Capítulo II – Evolução histórica).

27. Cf. WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colônia:** o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004. p. 9-12 e 18-23.

28. Cf. WOLKMER, Antônio (2003, *passim*); WEHLING, A.; WEHLING, M.J. Op. cit., p. 13.

29. Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo.** Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 61 e ss.

30. Para um estudo mais amplo sobre a evolução desse controle no Brasil, cf. THOMPSON FLORES LENZ, Carlos Eduardo. Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 1, v. 1, n. 1, p. 87-140, out. 2014.

31. Note-se que aqui traçamos uma linha distintiva bastante clara: interessa-nos, de momento, a **instauração da Justiça Constitucional propriamente dita no Brasil**. Isso não muda o fato de que o Direito Constitucional já vinha sendo estudado aqui, pioneiramente, bem como a realidade de que se pode falar, em um certo sentido, de controle político de constitucionalidade já na monarquia constitucional brasileira. Para a primeira afirmação, verificar Fernando Dias Menezes de Almeida (Direito Constitucional nas origens do Estado brasileiro: alguns pontos da obra do conselheiro Botrero. **RBDC**, n. 19, p. 366-73, jan./jun. 2012). Para a segunda assertiva, confira-se Carlos Bastide Horbach (Romper (pre)conceitos sobre jurisdição constitucional. **Consultor Jurídico**, set. 2013), que critica a tendência à comum afirmação de que **o controle de constitucionalidade no Brasil nasce com a República** (citando afirmação, v.g., de Luis Roberto Barroso nesse sentido). De fato, é preciso esclarecer que, tal como se dava, v.g., no âmbito das Constituições monárquicas de Portugal (de 1822, 1826 e 1838), onde, no período de 1822 a 1911, a fiscalização é puramente política (cf. MIRANDA, Jorge. A fiscalização da constitucionalidade: uma visão panorâmica. **Scientia Iuridica**, n. 2, jul./dez. 1993. p. 169. Separata; tb. o excepcional trabalho da Prof. Dra. da FDUL Isabel Graes, **O poder e a justiça em Portugal no século XIX**. Lisboa: AAFDL, 2014), **havia um sistema de controle jurídico-político sob a Constituição Imperial brasileira**. Aliás, Horbach vai mais longe ao afirmar que, "(...) se é correto afirmar que não havia no Império um controle **judicial** da constitucionalidade das leis, não menos correto é assentar que se desenvolveu, durante o regime de 1824, um interessante sistema de controle **jurídico-político** de constitucionalidade, por meio do qual várias leis foram consideradas inconstitucionais e que propiciou, até mesmo, a formulação de técnicas decisórias assemelhadas à moderna interpretação conforme à Constituição". Cita ainda a pesquisa de José Reinaldo de Lima Lopes, que resgataria esse histórico: **O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil Império**, 2010. Sobre o tema, cf. tb. RAMOS, Elival (Op. cit., 2010, item "A Constituição do Império e o controle político", p. 177 e ss.).

32. Cf. RAMOS, Elival (Ibid., 2010, p. 188 e ss., em especial em: "Primeiras adaptações ao *Civil Law* e ao Estado Social: a Constituição de 1934"). Note-se que o autor relata a existência de anteprojeto de alteração constitucional, já nessa época, para que o STF fosse reformulado, ganhando as feições de um Tribunal Constitucional

européu, que acabou por não vingar. Tb. assim RAMOS, Op. cit., 2012, p. 167. Aliás, o problema já é referido há muito, pelas mesmas causas, por Mauro Cappelletti, em **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**, de 1978, em especial no § 4 do cap. III, "Inconvenientes do sistema difuso nos países de base romanística", p. 76-80 (Cf. CAPPELLETTI, 1999, ed. orig. em português de 1984).

33. Diz o mesmo autor (RAMOS, Ibid., p. 195): "Com as resoluções senatoriais, suspensivas da execução de leis ou atos normativos, declarados inconstitucionais, incidental e concretamente, pelo STF, procurou-se obviar o notório inconveniente da disparidade das decisões que o sistema do controle de constitucionalidade de matriz estadunidense provoca em ordenamentos filiados ao *civil law*, desconhecedores da regra do *stare decisis*, sem abalar, entretanto, as vigas mestras do sistemas". Recorde-se que, na mesma ocasião, foi inserido no ordenamento o instituto do *Full Bench* (regra da **reserva de plenário**) (Ibid., p. 191 e ss.) – ambos persistem na CF/88, artigos 52, X, e 97. Cf. tb. Alexandre de Moraes (**Direito Constitucional**, 2004, p. 611 e ss. e p. 612 e ss.).

34. Cf. RAMOS, Op. cit., 2010, p. 203 e ss., item "A Constituição de 1946 e a introdução do controle abstrato de normas".

35. Cf. RAMOS, Ibid., p. 213 e ss., "A evolução do sistema à luz da Constituição de 1967/69", e p. 223 e ss., "A Constituição de 1988 e a configuração atual do sistema brasileiro do controle de constitucionalidade"; tb., para uma síntese de todo o período, RAMOS, Op. cit., 2012, p. 73 e ss. Para uma síntese da evolução do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, cf. tb. MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**, 2008, p. 1035-62; para igual finalidade, na doutrina estrangeira próxima, cf.: Jorge Miranda (**Manual de Direito Constitucional**. v. VI, Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 2013, p. 133 e ss.), Blanco de Moraes (**Justiça Constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade**, 2006, Tomo I, p. 282-8, item "Circulação do modelo judicialista difuso: menção particular ao sistema brasileiro").

36. Cf. PÊPE, Albano M.C.; ROCHA, Leonel Severo da. **Genealogia da crítica jurídica**: de Bachelard a Foucault. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. Cf. também BRESSER PEREIRA (Op. cit., p. 93-103, apud WOLKMER, Op. cit., p. 62, nota 67), que apresenta as características nucleares da "ideologia da tecnocracia": a) proclama ser não ideológica, mas técnico-científica; b) não deriva da tradição ou da revelação, pois é produto do racionalismo moderno (a respeito ver a oposição "racionalismo simplificante x racionalidade complexa", constante da tese de mestrado deste autor); c) prega a eficiência e a maximização dos resultados; d) enquadra-se dentro de um conservadorismo reformista que admite tão somente a revolução tecnológica; e) advoga, como pré-condição de existência, um estado de segurança; f) expressa valores autoritários, desconsiderados nas práticas democráticas; g) resolução dos problemas pela competência e eficiência técnica; h) defende uma visão de mundo integrada e harmoniosa, excluindo a historicidade dialética nas condições de classe e nos conflitos de grupos sociais; i) valorização extrema das múltiplas formas de consumo.

37. Cf. OST, François. **O tempo do Direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005. Cf. tb. BARBAS HOMEM, **O perfil do juiz na tradição ocidental**: Portugal, 2007, p. 70: "Vivemos em uma época acelerada, na qual responsáveis políticos prometem reformas estruturais todos os dias e em que 'o direito se pôs a correr' (OST)". Tb. assim, em uma perspectiva

sociológica e para uma visão mais larga do contexto em que atua o Direito hoje, cf. M. CASTELLS, **A sociedade em rede**, 2011, v. 1, *passim* – e, de modo muito similar a Ost, sobre o “encurtamento” do espaço-tempo, Ibid., p. 594 e ss.; tb. para essa visão geral, cf. CASTELIS, **A sociedade em rede**, 2007, v. 2, *passim*.

38. Situação que não chega a surpreender, pois se sabe que há nessa fusão do sistema judicialista de controle, estadunidense, e do sistema jurídico continental um “defeito congênito”, a merecer diferenciada atenção. Tanto que Jorge Miranda (1993a, p. 169) corrobora esta afirmação e vai ao cerne do problema, invocando “a lição do Direito comparado”: “(...) a fiscalização jurisdicional difusa só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxônicos (com forte autoridade social dos juízes, consciência de constitucionalidade na comunidade jurídica **e mecanismos de harmonização de julgados**), ao passo que o tribunal constitucional se mostra mais idóneo para levar a cabo a fiscalização nos sistemas continentais” (destaquei).

39. Aqui é de recordarmos sempre que a dita “**limitação material** [do poder] significa **disciplina do poder – inclusive do poder constituinte**”, como bem leciona Jorge Miranda, o que, por sua vez, demanda ou “implica [criação e desenvolvimento de] **instrumentos jurídicos de garantia**” (cf. MIRANDA, Op. cit., 1993, p. 163 – destaquei).

40. Nesse sentido, aliás, justifica Jorge Miranda: apesar de sempre ter propendido, em tese, “para o sistema europeu de reenvio prejudicial” (**Manual de Direito Constitucional**. v. VI, Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 286), “**Impressionam-me sobretudo, o seguinte: 1º) o sistema propicia o acesso direto dos cidadãos à garantia da Constituição**, por meio do direito de invocação de inconstitucionalidade e da obtenção de uma decisão de qualquer tribunal (um verdadeiro direito, liberdade e garantia, insista-se); 2º) **torna, por isso, todos os juízes corresponsáveis pela Constituição, juízes constitucionais (...)**” (Ibid., p. 287 – destaquei).

41. No que se refere a uma específica preocupação com a manutenção do sistema difuso como um instrumento de efetiva proteção dos direitos fundamentais, por via de acesso direto do cidadão, conferir FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **A repercussão geral e a objetivação do controle concreto** (2012, p. 193-208, *passim* – particularmente, v.g., nas p. 198 e 205-7). Cf., também, NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 159 e ss.

42. Cf., sobre o diferenciado cenário político-jurídico para a contemporaneidade, para a imposição daí decorrente de uma busca extrema por eficiência burocrático-administrativa do Judiciário, em detrimento de outros objetivos qualitativos relevantes, e, pois pela necessidade de alterações no Judiciário, inclusive por meio de pesquisas multidisciplinares para a devida compreensão de seu possível papel no mundo globalizado, os muitos estudos do Prof. Dr. da USP José Eduardo Faria, dentre os quais destacamos aqui, v.g., FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva; tb. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999; ainda, Reforma da Justiça: o sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, ago. 2004.



43. É evidente que esse é um fenômeno universal, que também não vem de hoje, mas apenas se agravou com o quadro atual. Basta pensar nas notórias ocorrências verificadas durante a história da Suprema Corte americana, seja para o bem, seja para o mal – Cf. Wolfe (WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law.** Lanham, Maryland (USA): Rowman & Littlefield, 1994. *passim*). Tampouco no cenário europeu do segundo pós-guerra a situação é desconhecida, mais ainda na contemporaneidade. Para assim concluir, basta considerar, *v.g.*, I. Maus, para o caso da Alemanha, em **Judiciário como suprego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã', do início dos anos 2000. O fato é que, mesmo assim, esse fenômeno ainda é peculiar no caso brasileiro – cf. TASSINARI (Op. cit., 2013, *passim*); cf., tb., TRINDADE, André Karam. **Garantismo 'versus' neoconstitucionalismo**: os desafios do protagonismo judicial em 'terrae brasiliis' (2012, p. 95-135).

44. Cf., por exemplo, TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, o que oferece alentado estudo sobre essa problemática.

45. Reconhecendo essa realidade problemática, confira-se nosso estudo, apresentado como relatório de conclusão das disciplinas de Direitos Fundamentais (I e II), ministradas na Universidade de Lisboa aos doutorandos em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) no ano letivo de 2013-14, pelo Prof. Dr. Jorge Reis Novais, intitulado **Direitos fundamentais e práticas indevidas na jurisdição constitucional contemporânea**: do voluntarismo judicial ao imobilismo jurisdicional, 195 p. (disponível na biblioteca da FDUL).

46. Cf. STRECK (**Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 527), que afirma: "(...) ao contrário da maioria dos países da Europa – que, a partir do segundo pós-guerra, estabeleceram tribunais constitucionais com a tarefa de controlar a constitucionalidade, onde a questão da inconstitucionalidade é julgada 'per saltum' (exceção feita a Portugal, que manteve, ao lado do controle concentrado, preventivo e sucessivo, o controle difuso) –, **no Brasil qualquer juiz de direito de primeira instância pode deixar de aplicar uma lei, se entendê-la inconstitucional.** Note-se que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade, apenas deixa de aplicá-la, isso porque somente na forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade (...) que é reservada aos plenários (*full bench*)" (destaquei). Cf. também G. Mendes et al. (2008, p. 1007); cf., por fim, Alexandre de Moraes (2004, p. 608).

47. Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**: as funções do Estado e o Poder Legislativo no ordenamento português. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. Tomo I. p. 181 e 188 e ss.; do mesmo autor, **Justiça Constitucional**: o Direito do contencioso judicial. 2. ed. Coimbra: Coimbra, Lisboa: Wolters Kluwer, 2011. Tomo II. p. 313-4; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010. p. 234 e ss.

48. Embora, o **ativismo de cúpula judicial** talvez seja hoje o principal problema brasileiro nessa área, considerando-se, justamente, o processo de concentração do controle de constitucionalidade dos últimos anos.

49. Resumindo: no mínimo [a] cronificação de um defeito congênito de adaptação entre modelo de controle de constitucionalidade e sistema jurídico, nunca suficientemente enfrentado (talvez até em função da

opção de apostar-se de forma demasiadamente pesada no controle concentrado, a partir de certo momento histórico); [b] incremento das dificuldades de resposta efetiva do modelo em razão das características da contemporaneidade; [c] incremento não só do protagonismo judicial contemporâneo, mas do singular modo de ativismo que proliferou no Brasil nos últimos anos (com forte índole decisionista), que se verifica da base à cúpula do Judiciário.

50. Cf., nesse sentido, as considerações de Abboud e Oliveira sobre o tema (ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de Processo**, v. 229, p. 433-52, mar. 2014). Verifique-se, mais particularmente ainda, a afirmação categórica feita por aqueles autores no sentido de que **haveria hoje “uma cruzada feita por parcela da doutrina e dos julgadores contra o controle difuso de constitucionalidade”** no Brasil (destaquei).

51. Conferir os abalizados ensaios e obras do Professor da FDUSP Elival da Silva Ramos (RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAIS, C. Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (org.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 63-87 – particularmente às p. 84-5; e **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.g., p. 372).

52. Para uma abordagem desta problemática realidade atual, confira-se nosso estudo, apresentado como relatório de conclusão das disciplinas de Direito Constitucional (I e II), ministradas na FDUL aos doutorandos em Direito (especialidade em Ciências Jurídico-Políticas) no ano letivo de 2013-14, pelo Prof. Dr. Jorge Miranda, intitulado **Dificuldades e ameaças contemporâneas para o controle de constitucionalidade**: o problema brasileiro das tentativas de ‘desconstrução imprópria’ do modelo difuso em fiscalização concreta, p. 101 (disponível na biblioteca da FDUL). Sobre isso, ver especificamente as questionáveis tendências a uma objetivização generalizada (e sem ou até mesmo contra a lei) dos efeitos do julgamento do recurso extraordinário, defendida por integrantes do Supremo Tribunal Federal brasileiro, v.g., no caso da notória reclamação de nº 4.335/AC, caso esse submetido a rigorosa e lúcida análise crítica no artigo de STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional (2007, p. 37-58). Para depois do julgamento, que acabou afastando a postura de alegada mutação constitucional, a supostamente incidir sobre o disposto no artigo 52, X, da CF/88 e, indiretamente, de forma “revolucionária”, sobre todo o sistema de controle brasileiro, para dar solução à dita reclamação, ver o não menos lúcido artigo do Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior (2014), da USP, no sentido de que, ao final de tudo, acabou por haver mesmo uma “revalorização do artigo 52, X, da CF” com tal julgamento. Todavia, é preciso ainda ver que a dita decisão do STF não afastou os argumentos centrais que motivavam a tese do min. relator daquela reclamação, nem de fato chegou a repeli-la, ao menos em se considerando o voto condutor do julgamento, do Min. Zavascki.

53. MORAIS, Carlos Blanco de. Insuficiência dos efeitos ‘inter partes’ das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídico portuguesa. In: MORAIS, C.B. de; RAMOS, Elival da Silva (org.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 53-61, particularmente p. 60-1; **Justiça Constitucional**: o Direito do

contencioso judicial. 2. ed. Coimbra: Coimbra, Lisboa: Wolters Kluwer, 2011. Tomo II. p. 313. Nesse sentido, aliás, **muito significativos** são os comentários daquele constitucionalista português, que, **mesmo partilhando da tese essencial do voto original do Min. Gilmar Mendes, quanto à necessidade de “objetivação” das decisões em recursos que digam respeito ao controle concreto, discordou da viabilidade jurídica e mesmo da legitimidade do STF para introduzir a alteração** pretendida no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, nos termos daquele caso concreto: “Defendemos uma solução que implique que decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal Constitucional em controle concreto revistam força obrigatória geral (...). **Claro está** [no entanto] **que essa opção implica que se tenha de operar por meio de uma revisão constitucional.** Sei que, no Brasil, o ministro Gilmar Mendes, no relatório relativo ao julgamento da RECLAMAÇÃO 4.335-5 ACRE 2009 (e que terá sido secundado pelo ministro Eros Roberto Grau), defendeu que a prática do STF teria gerado uma mutação constitucional e que as decisões em controle concreto do STF já estariam investidas em força obrigatória geral, não tendo o Senado outra função que não a de atribuir obrigatoriamente publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade. **Trata-se de uma engenhosa sentença aditiva de revisão constitucional em projeto. Não sei se no Brasil ela poderá impor-se, mas em Portugal seria juridicamente inexistente, porque invasiva da reserva de Constituição.** Daí que, **embora defenda para Portugal solução idêntica, seja indispensável para o efeito rever a CRP para implantar essa medida**” (destaquei). Em sentido similar, o mesmo autor, ao tratar dos riscos constitucionais de uma possível opção, no Brasil, pelo que ele denomina de um “Supremo de perfil jupiteriano, dotado de ‘superpoderes’”, apto a funcionar, no final das contas – e com ferimento da separação dos poderes –, até mesmo como um “autêntico legislador constitucional” (invocando justamente aí a análise da interpretação do art. 52, X, da CF/88 pelo STF, pela via de uma suposta “mutação constitucional”, neste caso) ou como um “paralegislator ordinário”, para outros (Cf. MORAIS, 2011b, p. 314). Todavia, apesar de todas essas advertências, note-se que a rejeição doutrinária a essa iniciativa da cúpula do Poder Judiciário brasileiro, que se verificou até no contexto doutrinário português, não se deu em nível equivalente na doutrina local, ou, ao menos, em nível jurisprudencial, já que a reação a tal tese na própria Corte Suprema revelou-se, no mínimo, tímida, ante a gravidade da ameaça à garantia da Constituição pretendida – confirmando-se, assim, a visão concentracionista pretoriana (de cúpula e instrumentalista e/ou eficiente) perigosamente dominante no STF hoje. Note-se: apenas dois votos foram mais incisivos, no refutar a tese da mutação constitucional no caso.

54. É de ser bem visto que a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88, para essa espécie de caso, parece ser mesmo acolhida pelo próprio Min. Zavascki, cujo voto, ao final, deu solução ao caso concreto em apreço (apesar de aqui não a aplicar circunstancialmente), além de ter sido apoiado por pelo menos outros três ministros, o que, portanto, não chegou a fechar as portas à sua futura aplicação pelo Supremo, mesmo nos termos impropriamente pretendidos para o caso sob análise. Aliás, muito pelo contrário, a solução dada estribou-se mais em razões de ordem prática e de conveniência circunstancial, fazendo o voto questão de ressaltar, de qualquer forma, a “aptidão expansiva” das decisões do STF e de outros tribunais superiores – no que, aliás, o ministro foi coerente com suas posições doutrinárias [cf., por exemplo, o que consta de sua obra **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional** (2001)] e jurisprudenciais anteriores acerca dessa matéria. Veja-se que defendia antes, no Superior Tribunal de Justiça, **justamente posição relativa à mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88 que parecia muito próxima, senão idêntica, à do**

**Min. Gilmar Mendes.** Nesse sentido, a posição adotada pelo Min. Zavascki, na época, do STJ, que foi externada no corpo de seu voto no Recurso Especial de nº 828.106/SP (2006/0069092-0), julgado em 02.05.2006. Lá, para fundamentar a sua posição de que, “embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ”, citou expressamente a tese de mutação do Min. Gilmar Mendes, parecendo a ela então aderir expressamente. Consta do final do ponto 6 de seu voto: “(...) **No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição.** É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem ‘não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação antes dominante antes do advento da Constituição de 1988 (MENDES, G. F. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 165)’ (Cf. Doc. 2361882-Relatório, Ementa,Voto, p. 5-6, do sítio certificado do STJ, consulta em jul. 2014 – destaquei).

55. Cf., v.g., o que dizem Georges Abboud e Rafael Tomás de Oliveira sobre o tema (2014, p. 434): “Nos últimos anos começou a tomar corpo, no âmbito do direito processual constitucional brasileiro, a tese de que o nosso sistema de controle da constitucionalidade possui uma tendência à abstratização. Trata-se de uma tese que procura enquadrar a situação a partir de uma análise das diversas reformas a que se tem submetido tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional, e que autorizaria afirmar que tanto o constituinte derivado quanto o legislador constitucional estariam a apoiar uma modificação nas bases do nosso sistema de controle de constitucionalidade – que, desde 1988, é marcadamente misto, congregando o modelo difuso com o concentrado – **levando à prevalência do concentrado sobre o difuso.** Na verdade, mecanismos como a repercussão geral e as súmulas vinculantes, introduzidos pela reforma constitucional 45/2004, representariam a demonstração definitiva de que, entre nós, o controle difuso, exercido de forma concreta, ‘*incidenter tantum*’, estaria em vias de abstratização” (destaquei). ##### **parte 1**

56. Obviamente sem negar aqui o problema do chamado “‘senso comum teórico’ tradicional” (WOLKMER, Op. cit., p. 139), ou dos defeitos inegáveis da chamada “cultura jurídica brasileira” (FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica:** crise do Direito e práxis política. Rio de Janeiro: Forense, 1984), ainda marcada por sua “visão formalista do Direito”, por uma atitude de mera reprodução de um “saber jurídico retórico” e por um “dogmatismo que pressupõe verdades perenes e imutáveis”, que, ao final, acaba afastando o mundo concreto da vida do mundo, assim quase fantasioso, por vezes, do Direito. A pretensão deste trabalho é contribuir, justa e naturalmente, em sentido contrário.

57. A esta altura, já introjetada no cenário jurídico nacional e nas suas práticas, bem como no pensamento da comunidade jurídica local, passado mais de século inteiro da opção pelo mimetismo exagerado praticado pela Constituição de 1891.

58. Sobre a inadmissibilidade do “desperdício da experiência” humana, ver MORIN, E. **O método**. v. 6.

59. Nesse sentido e para a expressão, conferir SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, a. 2, n. 12, p. 14.299-14.329, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_12\\_14299\\_14329.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_12_14299_14329.pdf)>. Acesso em: jun. 2014) – mais especificamente, à p. 14.324.

60. Cf. STRECK. **O que é isto**: decido conforme a minha consciência?, ao criticar o decisionismo e o arbítrio judicial travestidos de ativismo e que motivariam respostas “darwinianas” do sistema, no sentido, precisamente, de, por exemplo, se buscar a eliminação do controle difuso por vias transversas, em nome da necessidade de estabilização da jurisprudência e de construção de um mínimo de segurança jurídica.

61. Aqui é de se considerar, por exemplo, se uma situação como a do protagonismo exacerbado dos juízes no Brasil, que, por vezes, agride o princípio formal da separação dos poderes, não deve ser enfrentada mais profundamente, a partir de sua base diferenciada, e não considerada apenas em sua face potencializada pelas inadequações atuais do modelo de controle difuso brasileiro. Nesse sentido, considerar mais detidamente proposições academicamente consistentes para o enfrentamento desse protagonismo excessivo no contexto brasileiro, também a partir do processo civil, como são, *v.g.*, as de Francisco J. B. da Motta, em seu **Levando os direitos a sério**: uma crítica hermenêutica do protagonismo judicial (2012), e de Adalberto Narciso A. Hömdering, ao afirmar que a sentença do juiz não pode “surgir de ‘arbitrariedades imprevisíveis’” (**Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**, 2007, p. 171).

62. Não é possível desconsiderar aqui, como se vê, tudo aquilo que foi apontado nas clássicas obras da historiografia, da sociologia e da economia nacional, por autores como Raymundo Faoro, Caio Prado Jr., Celso Furtado, dentre outros tantos, no tocante à formação da sociedade e do Estado brasileiro, enquanto críticas às raízes da república e da federação nacional, ou às tentativas de formação de um singular e até oportunista “liberalismo à brasileira” (por vezes, muito distante da doutrina original e de suas motivações), que foi muito característico do início da República e, portanto, contemporâneo da adoção do modelo de fiscalização da constitucionalidade judicialista norte-americano transplantado para o Brasil; tampouco as transformações pendulares e as adaptações de cunho estatizante e corporativo que desnaturaram essas conformações originais, já em si mesmas transfiguradas. Todavia, não é possível também desconsiderar que essas narrativas científicas críticas deixam bem comprovada também a grande originalidade desse sistema político-jurídico-social brasileiro vigente quando da proclamação da república, com peculiaridades que, bem ou mal, foram enfrentadas pelos instrumentos jurídicos e pelas instituições jurídico-políticas criados à época e, depois, evolutivamente adaptados aos eventos históricos posteriores. Isso dá, por conseguinte, não só a medida dos desvios e das deformações do sistema de fiscalização brasileiro, como haveriam de sustentar os mais puristas, mas também faz compreender o seguinte: a) a riqueza irrepetível desse processo moldado pela história de nossas idiossincrasias, que não pode ser ignorada; e b) a medida do preço que custa tentar adaptar, novamente a partir do zero, novos institutos jurídicos, ou mesmo sistemas inteiros de fiscalização de constitucionalidade, no ordenamento nacional, e dos resultados nova e necessariamente miscigenados (e não necessariamente bons ou melhores) a que haveremos de chegar

novamente depois de mais um século de futuras tentativas.

63. Nesse sentido, Paulo Bonavides (Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2010) e, para o caso português, Jorge Miranda (Op. cit., 2013, p. 287).

64. Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Fernanda D. Menezes de Almeida (A repercussão geral e a objetivação do controle concreto. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (org.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra, Lisboa, São Paulo: Almedina, 2012. p. 193-208 – *passim*, mas mais particularmente, *v.g.*, nas p. 198 e 205-7).

65. Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 316: “(...) Esta é a questão que nos obriga a pensar em uma **profunda descentralização do poder**, capaz de **aproximá-lo do povo**, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador. **A jurisdição, em um regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser o agente ‘pulverizador’ do poder**, o órgão produtor de micropoderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam” (destaquei).

66. Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004b, p. 133: “(...) A perda ou desativação do controle difuso de constitucionalidade da lei e dos atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma **grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador**, visto que, quanto **mais se concentra na cúpula do Judiciário**, como está acontecendo, **menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição**” (destaquei).

67. Para esta expressão, considerar o que escrevemos alhures, em OLIVEIRA JUNIOR, J.A.; BAGGIO, M.C. Jurisdição: da litigiosidade à mediação, na revista eletrônica **Constituzionalismo.it** (2009), onde foi ela cunhada; aprofundando mais o seu significado, por ótica algo diversa, conferir BAGGIO. Jurisdição como instrumento de reconhecimento e de construção da democracia enquanto cooperação reflexiva (em Honnet e Dewey). **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB** (2014).

68. Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004b.

69. E ainda que sem instrumento equivalente ao *stare decisis* norte-americano.

70. Nesse sentido, aliás, leciona Jorge Miranda (Op. cit., 2013, p. 143-4). Diz ainda o mesmo constitucionalista português: “Cabe perguntar, depois do que se disse, que sistemas constitucionais se podem considerar de matriz norte-americana. **Se atendermos aos três institutos – federalismo, fiscalização judicial, presidencialismo** – ou só aos dois últimos – fiscalização e presidencialismo – e se atendermos também a que, por determinados períodos, certos países da América Latina e da Ásia conseguiram com eles viver em regime constitucional de liberdade política, **talvez se justifique falar em sistemas de matriz americana**. Mas o sentido de uma família constitucional com base no Direito americano torna-se, assim – por

radicar em elementos parcelares e não tanto em concepções gerais –, mais pobre que o das famílias inglesa, francesa e soviética. **Se, algo diversamente, tomarmos como ponto de referência das instituições o sistema jurídico-constitucional (e também o administrativo) dos Estados Unidos, mais ou menos adaptado às tradições e às condições locais, e se considerarmos desvios a tal modelo os regimes ditatoriais sofridos, quase todos de origem ou de carácter militar, então poderemos alargar algo mais a família. O Brasil e o México, os dois mais populosos e importantes Estados da América Latina – aquele tendo vivido de 1964 a 1985 em sistema político de exceção ou de democracia controlada, e este até há pouco, apesar da Constituição de 1917, em ‘semiditadura de partido dominante’ – integrar-se-ão aí, nessa medida”** (Cf. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 143-4 – destaquei).

71. Como por vezes se intenta promover no Brasil, segundo o que já se viu alhures.

72. Sobre a persistência, *v.g.*, do **patrimonialismo**, como um “tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado”, citando-se Raymundo Faoro, bem como do **conservadorismo** e de outras características aptas a sequestrar o poder político do cidadão, ver WOLKMER, Antônio C. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 35 e ss. Cf., também, FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Globo, 2012.

73. Cf. CAMARGO, Aspasia. Federalismo e identidade nacional. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). **Brasil: um século de transformações**. 2. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 309-347.

74. Assevera Aspasia Camargo: “Sem dúvida, o pecado original do federalismo brasileiro foi o regionalismo oligárquico, que acabou debilitado por ciclos sucessivos de centralismo intervencionista, embora, como Fênix, esteja sempre pronto a renascer das cinzas, cada vez que tem início um novo ciclo de abertura política. Tais condições irão perdurar enquanto os bolsões de pobreza do mundo rural e urbano forem capazes de alimentar um eleitorado socialmente carente e politicamente passivo” (Ibid., p. 310).

75. Para todas as afirmações e citações, Ibid., p. 313, inclusive para a afirmação de que esse federalismo cooperativo de novo tipo seria aquele “comprometido com as parcerias entre os três níveis de governo, com a melhoria das políticas públicas no nível local, com a redução das desigualdades sociais e, sobretudo, com o fortalecimento da sociedade civil e da cidadania”.

76. Cf. LEFORT, Claude. **La incertidumbre democrática**: ensayos sobre lo político. Barcelona: Antropos, 2004. É que a democracia é o *locus* para o dissenso, e, pois, para certos graus de incerteza, ao menos durante espaços de tempo sucessivamente intervalados, visando à construção progressiva de consensos mínimos para a convivência comum. Ao contrário do que muitos pensam, ela serve justamente para mediar e arbitrar, institucionalmente, as diferenças e os conflitos, que teimam em se repetir no seio das relações humanas transparentes e fundadas na liberdade, incessantemente. Não é, pois, o lugar de uma utópica paz social instituída e cristalizada, que só pode ser obtida (em aparência), em sua medida máxima e imutável, pelo arbítrio, pela força e pela falta de transparência. O espaço público da democracia é o espaço do debate, da discussão, da divergência de posições antagônicas,

cujos conflitos de interesse são resolvidos às claras, por normas previamente postas e limitadas pela moldura maior da Constituição, com seus balizamentos fundamentais e intrasponíveis. Logo, é por isso que se trata de cogitar, aqui, do reforço e da construção progressiva de um papel transcendente do Judiciário, em alguma medida, não mais como mero prolator de sentenças, mas também como auxiliar da realização e da construção perpétua de uma sociedade e de um Estado que se pretendam norteados pelo Direito (embasados no limites dos direitos fundamentais, pois) e pela democracia, justamente à vista do respeito às leis e a essa dinâmica democrática, que visa sempre a uma eterna reconstrução desse tipo de Estado, de sociedade e, pois, de paz social, devidamente qualificada por essas experiências que assim se irradiam e ensinam ao longo do espaço e do tempo – sem que aqui, com isso, se queira insinuar nenhum apoio a intervenções do Judiciário nas esferas de competência de outros poderes, bem entendido (o que, aliás, é apontado como um mal inaugural desta problemática em observações anteriores).

77. Cf. RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Traduzido por Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 163 e ss., que, retomando, então, a questão da necessidade do acolhimento do conflito nas democracias e nos Estados de direito, inclusive quando da prestação jurisdicional – para que se possa falar de um devido reconhecimento de seu papel atual, e, pois, de um resgate e mesmo incremento de legitimidade desta atividade estatal também do ponto de vista ético-político –, diz o seguinte, quando faz a análise do que denomina “o acto de julgar”: “O acto de julgar é aquele que divide, separa. Não digo com isto nada de extraordinário, na medida em que a antiga definição romana ‘*suum cuique tribuere*’ – atribuir a cada um o que é seu – orientava implicitamente para a análise proposta aqui. Também, toda a filosofia do direito de KANT se baseia nesta distinção entre o ‘meu’ e o ‘teu’, sobre o acto que traça uma linha entre um e o outro. Estas últimas considerações dizem respeito ao acto de cortar, no sentido de separar, abrindo a via do alargamento decisivo anunciado desde o início desta exposição. **Porque é que não podemos ficar pelo que denominamos a finalidade curta do acto de julgar, a saber, a que põe termo à incerteza? Porque o próprio processo é apenas a forma codificada de um fenómeno mais lato, a saber, o conflito. Logo, interessa recolocar o processo, com os seus procedimentos precisos, sobre o pano de fundo de um fenómeno social de maior peso, inerente ao funcionamento da sociedade civil e situado na raiz da discussão pública.** É mesmo até aí que é preciso ir: atrás do processo há o conflito, o diferendo, a querela, o litígio, e, como fundo do conflito, há a violência. O lugar da justiça encontra-se assim marcado em profundidade, como fazendo parte do conjunto de alternativas que uma sociedade opõe à violência, e que todas ao mesmo tempo definem como um Estado de direito”.

78. Cf. BARBAS HOMEM, António Pedro. **O espírito das instituições**: um estudo de história do Estado. Coimbra: Almedina, 2006, *passim*. Cf., tb., François Ost, quanto ao espírito da contemporaneidade, no que tange a uma “mutabilidade desenfreada” do Direito e a uma busca utópica por um recomeçar normativo absoluto, no qual uma incessante ânsia positivadora reordene sistematicamente o mundo a partir “do zero”, em uma espécie de “*Fiat jus*”: “Como se a cada mudança legislativa pudéssemos voltar a algum ‘**ponto zero**’ da juridicidade: ‘**apaga-se tudo e se recomeça**’” (Op. cit., 2005, p. 226).

79. Para aprofundamento do assunto, a partir de outras perspectivas, cf. Clifford Geertz, particularmente no que se encontra nas riquíssimas obras que seguem: GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. 13. reimpr. Rio de Janeiro: LTC, 2008; GEERT, Clifford. **O saber local**.



80. Ver Edgar Morin (2007), em seu **Introdução ao pensamento complexo**, na questão da “patologia moderna da mente”, que estaria na “hiperssimplificação”, que não deixaria “ver a complexidade do real”, ou na da “patologia da razão”, que seria a da “racionalização” (p. 15). Viveríamos “sob o império dos princípios de disjunção, de redução e da abstração”, o que se constitui no “paradigma da simplificação” (p. 11).

81. BONAVIDES A proposição de concepções “instantaneístas” do Direito (OST, Op. cit., 2005) apoia-se justamente nesse argumento ou nessa suposição “de peso”: “um direito instaneamente válido não será, de fato, **um direito livre dos entraves da tradição, liberado dos laços do precedente, separado dos arcaísmos do costume e da obscuridade dos princípios– um direito arrancado da moratória da prudência?**” (p. 222 – destaquei). Como refere aquele mesmo autor, quando trata da “regulação substancial das transições: a segurança pelo direito”, isso não parece possível: “Assim como a concepção instantaneísta da Constituição, graças à qual nasce simultaneamente tanto o Estado quanto o direito, **é preciso lembrar, como PAUL BASTID, que ‘o Estado não surge subitamente pelo efeito de um golpe de uma varinha mágica. Sua formação histórica é lenta e contínua. Então, é preciso aprender a discernir as continuidades e as transições profundasatrás da aparente criação constitucional ‘ex nihilo’ e além dos pretensos desabamentos revolucionários: é que o direito pré-existe às Constituições, assim como o Direito sobrevive às revoluções.** (...) Do mesmo modo, ainda, a nação não é submetida às formas orgânicas que lhe atribuem as instituições estatais. No direito, as forças ‘pré’ e ‘trans’ constitucionais deixam-se de perceber os princípios deste tempo ‘metamórfico’ do qual falamos, um tempo feito de continuidade e de mudança e que é, a este título, suscetível de operar uma regulação em profundidade das transformações duradouramente assimiláveis pelo corpo social” (Ibid., p. 230-231 – destaquei). Cf. tb. BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133-4. E ainda, do mesmo autor: **Prudência e jurisprudência**. Uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência romana a partir de Aristóteles. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**, v. 1, p. 163-192, 1999. Além disso: BARZOTTO, Luiz Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

82. No sentido que lhes dão Hans-Georg Gadamer – cf. o clássico GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. I. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 9. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: São Francisco, 2008; ou, ainda, do mesmo autor, **O problema da consciência histórica**. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006 (ou, para uma aproximação inicial, a discussão da hermenêutica filosófica a partir de seu autorizado intérprete e biógrafo, Jean Grondin – em GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer**. Traduzido por Constantino Ruiz-Garrido. Espanha: Herder, 2003). Também assim, para uma outra abordagem da hermenêutica de cunho filosófico, verificar, por exemplo, Paul Ricoeur, por várias de suas obras – RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Traduzido por Hilton Japiassu. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008; **O conflito das interpretações**: ensaios sobre Hermenêutica. Traduzido por M.F. Sá Correia. Porto, Portugal: RÉ, 1988; ou mesmo, para uma aproximação maior da questão do direito e da decisão jurídica, **O justo ou a essência da justiça**. Traduzido por Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995 (isso para não se falar de sua intérprete, de obra prolífica no Brasil, C.M. César, com obras como

CESAR, Constança Marcondes. A ontologia hermenêutica em Paul Ricoeur. In: CESAR, C.M. (org.). **A hermenêutica francesa**: Paul Ricoeur. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 27-41), por exemplo. E tudo isso é assim, registre-se, ainda que se tenha plena ciência das diferenças existentes entre as vias hermenêuticas de Gadamer e de Ricoeur – este último ainda em busca de algum método apto a tornar compartilháveis intersubjetivamente os móveis da interpretação-aplicação na área jurídica, ao passo que aquele primeiro, como é célebre, contrapõe a ideia de método à de verdade.

83. Ou seja, de forma **“prudente”**, ou utilizando-se do instrumento da **“prudência”** (**“prudentia”**, para os romanos; **“phronesis”**, para os gregos), para dar o encaminhamento concreto devido para esta problemática complexa, neste local específico e neste momento histórico em particular. Verificar tais conceitos em BARZOTO, Op. cit., 1999, e Op.cit., 2010, conforme nota anterior.

84. Em verdade, há de se dizer clara e expressamente aqui: é a elas que cabe hoje o enfrentamento dessas importantes questões particulares, bem como a demonstração articulada e precisa de proposições que se mostrem aptas ao enfrentamento consistente e coerente dessa problemática aqui sugerida – o que, salvo engano, não só parece não estar sendo feito, como não estar sendo objeto de problematização suficiente e preocupação explícita pela doutrina até o momento. É a tais novas teorias ou desenvolvimentos inovadores que cabe, portanto e por assim dizer, o **“ônus da prova”** científica de sua densidade teórica e de sua provável viabilidade empírica.

85. De forma mais concreta, considere-se que há hoje uma parcela de respeitável doutrina, claramente identificável, que entende que seria até mesmo o caso de eliminar-se o controle difuso, o recurso extraordinário (que o representa por excelência) e transformar o Supremo Tribunal em um Tribunal Constitucional de tipo europeu (Elival Ramos, verificar as obras já mencionadas de 2012; 2010, v.g.) – trata-se da posição que aqui denominamos, precariamente, para meros fins de clareza, de **postura concentracionista**.

86. Cf. Elival Ramos, em suas já citadas obras (2012, p. 84 e ss.); tb. RAMOS (2010, em suas conclusões, p. 473 e ss – mais particularmente, ainda, p. 482-3), onde se sustenta e se defende a reformulação completa do sistema de controle de constitucionalidade, com abandono do modelo difuso de matriz estadunidense (2010, p. 482-3). Mas note-se: aqui não se diz que a proposição não tenha embasamento técnico ou seja leviana; muito pelo contrário, o que a torna especialmente digna de enfrentamento é justamente o seu elevadíssimo peso acadêmico. Atente-se, ainda, que o Prof. Dr. Elival da Silva Ramos não está sozinho nesta posição. Também outros ilustres juristas defendem este mesmo ponto de vista, tal como parece ser o caso do Ministro Gilmar Mendes, e como é, declaradamente, o caso de Friedrich Müller, eminente doutrinador estrangeiro com fortes laços acadêmicos no Brasil (cf. entrevista constante da obra **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes, 2013, p. 246-7).

87. Estas seriam aquelas que consistiriam, no extremo, na proposição de uma espécie de quase desacoplamento de nosso ordenamento do sistema de direito continental, à vista, inclusive, das paulatinas aproximações entre os sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos, que estariam ora em curso. Ou, por outra, que residiria, ainda, ao menos, em uma transmutação tão essencial do sistema todo, que acabaria por conduzir, por meios vários e em diferentes graus, a uma espécie de quase **“commonlização”** forçada e urgente do Direito pátrio – criticando essa espécie de proposta, vide STRECK, 2013, bem como

STRECK; ABOUD, 2014, em **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Tb. assim, novamente STRECK, 2010, em **O que é isto**: decido conforme a minha consciência? – ainda que, posteriormente, após alterações realizadas no projeto do novo CPC brasileiro, recentemente aprovado, aquele mesmo autor tenha modulado suas críticas relativas a esta questão.

88. Tais significativas alterações, que extravasariam largamente até mesmo o âmbito da jurisdição constitucional, como bem se vê, poderiam dar-se de forma mais, ou menos, radical, mas sempre implicando profundas modificações em relação ao modelo de controle tradicional posto. Desse modo, isso poderia ocorrer, por exemplo, segundo parcela da doutrina, nesses diferentes graus, **pela instituição normativa de algo como a figura de precedentes vinculantes ou obrigatórios** (cf., em sentido similar, Marinoni, em seu **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 – especificamente à p. 98); de onde pode ser extraído relevante excerto indicativo de sua posição sobre o tema: “A evolução do *Civil Law* é a história da superação de uma ideia instruída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, essa noção manteve-se viva ainda que a evolução do *Civil Law* a descaracterizasse. Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *Civil Law*. **De modo que o *Civil Law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece-se de esclarecer que o juiz da revolução francesa nasceu natimorto e que o princípio dessa estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura. Não há dúvida de que o papel do atual juiz do *Civil Law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *Common Law*, especialmente a realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *Common Law* devota respeito aos precedentes (...)**” (destaquei). Isso só faz demonstrar a forte tendência de assentamento de uma postura nesse sentido, que pode configurar-se, conforme a abordagem feita, em uma posição transformista radical do sistema, eventualmente abraçada por uma parte significativa da doutrina, em razão também da indubitável qualificação do renomado processualista em questão.

89. Faz-se ainda um esclarecimento importante com relação à mencionada posição do emérito processualista citado, por uma questão de lealdade acadêmica: ele parece defender que a dita aproximação da *Civil Law* e da *Common Law* propiciaria algo como uma transferência das linhas do instrumental do *stare decisis* norte-americano para o sistema brasileiro, e não a dita “commonlização” aludida em nota precedente, já que aquele instituto antes mencionado é delimitado e naturalmente distinto da noção de *Common Law* propriamente dita, como bem ressalta o próprio Marinoni em sua qualificada percepção das coisas, não sendo possível acusá-lo de desconsiderar esse ponto crucial – o que, de outra parte, torna a análise crítica de suas proposições ainda mais necessária. **Todavia**, é crucial considerar que o “*stare decisis*” é mecanismo oriundo de longa construção jurisprudencial norte-americana – e não, naturalmente, da lei. Nesse ponto, aliás, o alerta de T. Fine (2001, p. 71): “A doutrina do ‘*stare decisis*’ está firmemente estabelecida nos Estados Unidos, **mas é um fenômeno complexo, e é melhor pensá-la como uma arte, e não como ciência. Como ela é aplicada em caso particular, é largamente produto de critério**

judicial" (destaquei). E, nesse ponto, **é difícil crer que uma "proposta de regulação [normativa] obrigatória dos precedentes", como a que é feita por Marinoni (2011, p. 521 e ss.), para esta finalidade substitutiva ou de "migração" forçada institucional, que enfeixa disposições de lege ferenda do tipo** "Art. 2º Têm eficácia vinculante as decisões: I – do STF, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade [ainda que aqui pretenda referir-se aos "fundamentos essenciais da decisão", que vinculariam os tribunais que as proferiram e os "juízos a ele adstritos, em todos os casos (...)]", **pudesse dar conta, de hora para outra (em um fiat!) desse "fenômeno complexo" – que é jurídico-cultural e que exige a ação forte da doutrina, a conscientização dos juízes e dos demais operadores do Direito e, por fim, o conhecido agir do "tempo do Direito", como diz Ost. Com a devida vênia ao eminente processualista, é mais fácil imaginar que uma disposição como esta, à luz da linguagem comum, da comunidade jurídica de intérpretes que temos (incluindo-se, aí, os nossos tribunais), enfim, da nossa cultura jurídica atual, fosse interpretada, já desde um primeiro momento, como um interdito aos poderes interpretativos do juiz de base, a partir de "resumos ou sínteses" dos ditos casos julgados, do que como verdadeiros precedentes no sentido pretendido pelo próprio autor – que, aliás, é de se deixar bem esclarecido, também parece não pretender esta interpretação restritiva, senão, bem pelo contrário, pensa em uma forma de inaugurar verdadeiramente uma era de construção de verdadeiros precedentes no Brasil, com ganho em integridade e coerência, mas com a devida e adequada liberdade interpretativa que os juízes de base haveriam de ter nesse sistema. Entretanto, mesmo que bem compreendida essa nobre intenção** daquele emérito processualista e constitucionalista, que quer ver resgatada também a necessária consideração fática dos casos que são trazidos a julgamento (e, portanto, na medida devida, do poder-dever dos juízes e dos cidadãos-demandantes, todos em cooperação pela busca da interpretação e da decisão adequada para o caso, que, afinal, seja dotada de integridade e coerência – **do que em nada discordamos quanto a tais pontos), a realidade é que a própria noção de que seja possível fundar este fenômeno complexo no instantâneo da aprovação de uma lei, neste contexto cultural diverso e muito peculiar, moldado ao longo de séculos, é que parece dificultar o acolhimento da tese, ao menos neste ponto fulcral, ou, pelo menos, aparentemente fragilizá-la –** porque essa própria noção parece estar atrelada, por assim dizer, à ideia racionalista, de matriz cartesiana, de que as tradições possam ser alteradas de pronto, por meio de penadas legislativas (apesar de se pretender sustentar que as coisas devam migrar rapidamente para os termos de uma justiça definitivamente conectada com aquela produzida no contexto norte-americano, que, paradoxalmente, diverge essencial e justamente desse modo de resolver as coisas no campo do jurídico e do jurisdicional).

90. Veja-se, v.g., para uma pertinente e bem qualificada crítica a essa noção de **precedentes obrigatórios**, assim instituídos, o que diz Igor Raatz (RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? **Temas Atuais de Processo Civil**, v. 2, n. 5. maio 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/58-v2-n5-maio-de-2012/192-precedentes-obrigatorios-ou-precedentes-a-brasileira>>. Acesso em: 09 mar. 2015). Aquele autor faz uma crítica muito perspicaz a essa noção, com a qual, em princípio, concordamos na essência, precisamente nos termos que seguem: **"A valorização dos precedentes judiciais não constitui um mal em si [muito pelo contrário, acrescentaríamos nós]. Na verdade, pode contribuir para que o Direito brasileiro apresente um maior grau de integridade e coerência do direito, na medida em que se passa a exigir dos juízes e**

dos tribunais, no momento de decidir, que levem em consideração o todo da prática jurídica pretérita e presente, gerando um alto grau de constrangimento capaz de impedir decisões eivadas de subjetividade. **Todavia, não é isso que tem sido proposto.** O chamado sistema de precedentes à brasileira **aposta em uma alta concentração de poder no Superior Tribunal de Justiça, com um consequente amesquinamento do papel dos juízes e dos tribunais verticalmente inferiores [o que se repete no âmbito do STF, no que concerne ao controle de constitucionalidade]**” (destaquei). De fato, não apenas este doutrinador apercebeu-se dessa grave peculiaridade da proposta (certamente incrustada aí por conta da dificuldade de superação da questão central das fontes), como sustenta muito corretamente Maurício Ramires: “Precedentes não são um mal. Longe disso, são úteis ao direito e ao desenvolvimento do direito. Dão concreção às aplicações principiológicas (...) precedentes dão ao julgador o tom do ‘todo da prática jurídica’, auxiliando na tarefa de manter a integridade e dar continuidade ao direito. **É preciso, contudo, saber o que se faz.** Ainda que se escape da armadilha da conceitualização – o uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe –, o mero juízo de ‘identificação entre casos’, tida como ‘semelhança entre fatos’, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente. Não existe separação cirúrgica entre a ‘questão de fato’ e a ‘questão de direito’ imaginada pela dogmática corriqueira. (...) **A pedra de toque está na ‘applicatio’.** É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador numa situação concreta. (...) Assim, **também não basta para a correção de uma aplicação de precedentes a sequência cega de uma linha de julgados anteriores, ainda que o caso presente possa se adequar formalmente a ela.** Isso porque, **no horizonte de sentido do intérprete de um sistema de lei escrita como é o brasileiro, deve estar sempre a Constituição e, abaixo dela, o texto legal vigente e válido. Mesmo que julgadores passados ou contemporâneos, de superior ou igual instância, estejam produzindo decisões que excepcionem a ordem constitucional de maneira voluntarista e ativista, o juiz não está autorizado, do ponto de vista da democracia, a segui-los. Um precedente não tem força de ‘promulgação’:** a extensão de seu campo gravitacional corresponde necessariamente à extensão dos argumentos de princípio utilizados para justificá-lo (essa é a tese central da teoria de Dworkin, acerca dos precedentes)” (cf. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 150-1). Também, como pressuposto de tudo o quanto se sustenta na referida tese de doutoramento, essa mesma ideia pode ser conferida pela leitura de RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional:** a influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do Estado de Direito e dos princípios democráticos. Tese de doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Defendida e aprovada em 2014. Por fim, para uma crítica ainda mais veemente e ampla da questão dos precedentes obrigatórios, ver SARLET, Ingo Wolfgang; TESHEINER, José Maria Rosa; FERNANDES, Juliano Gianechini. Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do Código de Processo Civil. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, a. 13, n. 1075, 03 set. 2013, particularmente no item 3, sobre os chamados **precedentes obrigatórios** – ainda que em parte superada pelos desenvolvimentos posteriores do NCPC, que acabou por ser finalmente aprovado. No particular sentido da crítica apontada ao início, veja-se: “(...) **Do ponto de vista da conveniência, soa-nos indesejável a concentração do poder jurisdicional em Brasília. Convém lembrar que, nos Estados Unidos da América do Norte, os estados federados legislam sobre direito material e processual, de sorte que são locais a maioria dos precedentes.**

**Aqui, tudo é federal. Rigorosamente nem sequer temos uma Justiça dos Estados, porque o direito aplicado pelos órgãos ditos estaduais é praticamente todo federal. É inegável que há situações que exigem tratamento uniforme em todo o território nacional, mas não é menos verdade que há fatos e valorações locais que justificam e exigem tratamento diferenciado. A concentração dos precedentes vinculantes (e com isso a amarra das instâncias inferiores) em Brasília interessa sobretudo aos litigantes institucionais, que podem influir fortemente nas decisões dos tribunais superiores, para além de, como já adiantado, acarretar uma *centralização* muito distante das exigências de uma federação** que, na esfera judiciária, segue assumindo um modelo de distribuição de competências entre Justiça Federal comum e especializada e Justiça Estadual”. De qualquer forma, isso tudo não quer dizer que Marinoni não apresente argumentos de elevada densidade para a defesa de sua densa tese e de suas elevadas posições sobre o tema, bastando considerar, para assim constatar, muito especialmente, o que consta de sua obra **A ética dos precedentes**: justificativa do CPC, de 2014, que procura aprofundar-se nos ricos aspectos multifacetados que circundam essa instigante questão (culturais, sociológicos, filosóficos, etc.), não o fazendo sem arte e competência.

91. No sentido dado pelos escritos de Barzotto, múltiplas vezes mencionados, que remontam aos ensinamentos antigos e aos significados grego e romano do mesmo termo.

92. No sentido das aproximações e influências da estrutura, da forma e do funcionamento dos sistemas de controle de constitucionalidade, o que resulta, inclusive, em contemporâneas alterações normativas concretas, e naturalmente vinculantes, com reflexos diretos sobre o proceder de cada juiz brasileiro nesta área – e que devem, por sua vez, sofrer, bem ou mal, novamente interpretação quando de sua aplicação, que lhes pode confirmar ou deturpar um certo sentido esperado quando de sua inclusão no ordenamento jurídico.

93. A específica questão da existência contemporânea de um possível diálogo judicial internacional, com efeitos consolidadores de certos princípios pressupostos da democracia ao redor do mundo, foi já proposta e examinada na brilhante tese de doutoramento em Direito na FDUL de Maurício Ramires, na qual também buscamos subsídios para o desenvolvimento de nossas ideias, já que, a partir daquelas proposições, resta já de plano evidenciado que algo como um instrumental hermenêutico fundando no diálogo intercultural não é uma ilusão ou algo irrealizável, mas algo que, de certa forma, e sob variados matizes, já hoje se verifica claramente no mundo das coisas (cf. RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional**: a influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do Estado de Direito e dos princípios democráticos. Tese de doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Defendida e aprovada em 2014. Disponível na biblioteca da FDUL).

94. Cf. Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 135 e nota 11).

95. O autor mencionado faz referência ao trabalho de Yasuo Hasebe, Constitutional borrowing and political theory. **International Journal of Constitutional Law**, n. 1, p.224-243, 2003, referindo que nesse trabalho encontra-se uma “ótima análise desse fenômeno, usando-se exemplos da ordem constitucional japonesa do pós-guerra, especialmente sobre a interpretação e a aplicação de princípios constitucionais importados do Ocidente” (Id.).

96. Cf. PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing, and migrations. **Boston College Law School Faculty Papers**, 2012. Perju adverte que a denominação de “*constitutional borrowing*”, ou seja, de “empréstimo constitucional” teórico, é vista, por muitos, como pouco adequada, por induzir a uma má compreensão do significado do fenômeno.

97. É novamente Virgílio Afonso da Silva que traz o suporte para a afirmação. Afirma aquele autor: “Mas a ‘normalidade’ do fenômeno [i.e., do ‘empréstimo teórico’] não significa que não possa haver abusos ou exageros, ou ‘empréstimos malfeitos’. Para que isso não ocorra, é imprescindível que se compreendam bem os fundamentos de determinado fenômeno em seu país de origem, suas razões de ser e seus objetivos, caso contrário não será pequena a possibilidade de empréstimos ou teorias incompatíveis com a realidade brasileira” (2014, p. 135-136). E refere, em nota de rodapé (Ibid., p. 135, nota nº 12), o seguinte exemplo de “empréstimo exagerado”: “Como exemplo de empréstimo exagerado pode ser mencionada a adoção, quase sem modificações, do Código Civil suíço na Turquia, em 1926, cf., sobre isso, KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ, **Einführung in die Rechtsvergleichung**, p. 175-176”.

98. Para o bem e para o mal, é bom que se diga, e não em um sentido necessariamente protecionista, o que justamente, por si só, antecipa a refutação da presente tese como sendo de índole “**conservadora**”, mas remete-lhe para um ponto mais científico ulterior e que se pretende superior a essa postura, explicitado pela expressão **adequação “conservativa”**.

99. Cf. François Ost (Op. cit., p. 94-95), quando trata do tópico “Lei e tradição”, que é quem novamente nos auxilia a lançar luzes sobre o que queremos dizer nesta altura da exposição: “Esta é a tese então: tão revolucionária e inovadora [ou por mais revolucionária] que seja, **qualquer lei pressupõe um conjunto de contextos interpretativos que lhe preexistem, envolvem-na e lhe sobrevivem sem que essas leis estejam aptas a afetá-las de modo radical: Primeiro contexto: a própria linguagem, linguagem jurídica e usual.** Mesmo que ela possa transformar o sentido de uma outra expressão que utiliza, nenhum legislador pode tornar-se totalmente senhor da sintaxe, nem do léxico da língua. É conveniente perceber-se que, **para além das convenções linguísticas explícitas, opera algo como um ‘discurso invisível’: uma cultura jurídica de plano de fundo, que determina como manipular as convenções do discurso jurídico** [Ibid.]. **Compartilhado pelos profissionais do direito, esse ‘discurso invisível’ determina um amplo acordo implícito sobre as ‘expectativas de sentido’, que criarão a boa escrita e a boa leitura do texto.** Mas essa convivência na comunicação tem um preço certo: o autor não pode escrever com total liberdade, **um laço poderoso o religa ao passado das tradições recebidas. Segundo contexto: o sistema jurídico preexistente à nova lei.** Sem negar a possibilidade de modificar marginalmente o sistema, **é preciso, entretanto, tomar a exata medida das coerções geradas por um espaço literalmente saturado de noções, de princípios e de processos prévios, à luz dos quais qualquer elemento novo será lido e entendido,** ao passo que, diferentemente das outras tradições, a tradição jurídica é institucionalizada e explicitamente normativa. **Terceiro contexto: as comunidades interpretativas especializadas, que são os destinatários privilegiados da lei e cuja leitura orienta seu curso de maneira decisiva: administrações, jurisdições, doutrina.** Bem organizadas, hierarquicamente estruturadas, **beneficiam-se de uma formação e de uma cultura comuns; essas comunidades garantem uma forma de domínio da**

**tradição, elas definem seus cânones, excluindo os dissidentes, integrando nela os novos pretendentes. Considerar a influência nobre dessas autoridades interpretativas** é, ao mesmo tempo, relativizar a distinção ainda clássica entre as operações de edição (obra do legislador) e de aplicação (obra do intérprete) da lei; é igualmente relativizar o falso corte entre o momento de ruptura (o instante de produção legislativa) e o momento de repetição (estágio posterior de aplicação da lei). Em caso de distinção ou ruptura, observa-se, antes, um *'continuum'*: a lei é parcialmente escrita visando a sua aplicação (ou seja, considerando simultaneamente rotinas administrativas e princípios previamente depreendidos pelos juízes e pela doutrina), ao passo que, ao contrário, a aplicação dos textos pelos intérpretes *'subordinados'* nunca é isenta de inventividade, suscetível de inspirar o legislador quando de uma futura reescrita do texto”.

100. Considerem-se aqui, principalmente, as notórias contribuições fundantes de Hans-Georg Gadamer, sem que sejam esquecidos, naturalmente, os notórios estudos específicos de Friedrich Müller, Josef Esser e Karl Larenz a respeito do tema (Cf. CANARIS, 2012, p. LIII e LV) – ainda que não necessariamente se adira aqui a tudo o quanto particularmente consta deles, naturalmente. Nesse sentido, ver, por exemplo, o que se encontra posto na **Metodologia da Ciência do Direito**, de Larenz (2014, *passim*), que parece revelar uma orientação a um “idealismo dialético-hermenêutico” (na qualificação de Krawietz, citada como adequada por José Lamago, Op. cit., p. 709 e nota 24), ou seja, “a permanência [naquele autor] (...) de diferentes veios de inspiração hegeliana”, mesmo após uma “junção ulterior das doutrinas da Hermenêutica filosófica” (Id.), o que torna relativamente discutível a “fidelidade” dessa orientação à linha original de Gadamer e, no mínimo, questionável a adoção de todas as derivações daí advindas para fundamentar mais remotamente o pensamento sustentado aqui. Nesse sentido, claramente, por exemplo, a questão da “fundamentação de um pensamento metodológico ‘compreensivo’ orientado a valores”, em Larenz, parece constituir-se em boa demonstração dessa impressão primeira (Id.). ##### parte 2

101. Op. cit., 2003, p. 1-2.

102. Cf. OST, Op. cit., 2005, p. 222 e ss.; BARZOTTO, Op. cit., 2007, p. 133-4.

103. Cf. OST, Op. cit., 2005, p. 94-5.

104. Veja-se que, no âmbito do jurídico, a transposição da ideia de “círculo do entendimento” (ou círculo hermenêutico) por aqueles autores que tratam a questão desse ponto de vista específico (já mencionados de modo exemplificativo em nota anterior) “explica (...) que, no Direito, há uma particular relação entre o problema e a resposta; na busca desta, recorre-se a normas que se tornam inteligíveis por utilizarem de uma linguagem e de uma conceitologia pré-conhecidas pelo intérprete aplicador; essas mesmas normas são procuradas pelo pré-julgamento sobre a ordenação e a própria solução que, para o problema, o mesmo intérprete-aplicador tenha visualizado, em um momento prévio. Surge, assim, a imagem do círculo ou da espiral hermenêutica: perante um problema, o intérprete-aplicador terá de efectuar tantas idas e vindas entre o pré-entendimento e o entendimento em si quantas as necessárias para a sua integração. Esse poentar gnoseológico – tal como gnoseológica é a relação entre o Direito e a realidade – abre, desde logo, perspectivas completamente diversas à estruturação do discurso jurídico: o pré-entendimento das questões opera em modelos concretos de problemas; a espiral hermenêutica desenvolve-se entre questões e



pré-questões, soluções e pré-soluções, tudo em termos gerais-concretos. Deve ainda ter-se presente que, na própria lição gadameriana, o relevo do pré-entendimento permite explicar o peso da tradição, cujo papel, sempre relevante, não era antes assumido. E, no Direito, entende-se, a essa luz, o relevo da experiência profissional do intérprete aplicador, no domínio, por exemplo, da aplicação jurisprudencial” (CANARIS, 2012, p. LV-LVII).

105. Cf. GADAMER, Op. cit., 2008; GRONDIN, Op. cit., 2003; RICOEUR, Op. cit., 2003; C. CÉSAR, Op. cit., 2002 – tudo nos termos da bibliografia básica já longamente citada em nota anterior e também exposta ao final.

106. Tratamento esse que, em princípio, já desborda dos limites e dos objetivos deste trabalho, ao menos enquanto abordagem inicial do tema mais abrangente da busca pela adaptação do sistema de controle de constitucionalidade, na busca de uma postura autêntica e finalmente original desse nosso sistema e de seus instrumentos jurídicos. De qualquer forma, considerar, apenas a título exemplificativo e precário, algumas proposições acerca dessas questões contidas em todas as obras do Professor Dr. Reis Novais que são mencionadas na bibliografia deste estudo.

107. Ou de **migração constitucional, transferência constitucional, circulação de modelos ou cruzamento de sistemas**, que são mais tradicionalmente utilizados no campo do **direito constitucional comparado**. Perju (2012 – item 1, II), aliás, chega a fazer referência a uma “batalha de metáforas” para demonstrar como têm sido utilizadas diferentes determinações para o mesmo fenômeno, mas, ao mesmo tempo, como seria importante uma sua designação adequada. Quanto a isso: “(...) *A survey of the literature reveals great concern about the choice of metaphors to capture crossconstitutional interactions. Available options include ‘transplants’, ‘diffusion’, ‘borrowing’, ‘circulation’, ‘cross-fertilization’, ‘migration’, ‘engagement’, ‘influence’, ‘transmission’, ‘transfer’, and ‘reception’.* Four of these metaphors have had greater staying power: **‘transplants’** and its **‘borrowing’** equivalent in comparative constitutional law; **‘circulation’** and its **‘migration’** equivalent in comparative constitutional law”.

108. Para uma compreensão mais aprofundada do significado do termo concebido para este trabalho (diálogo intercultural jurídico e judicial), confira-se nosso estudo preparatório anterior, apresentado ainda em set. 2014 (cuja pesquisa e concepção foram levadas a termo ao longo dos meses e do ano imediatamente anteriores) como relatório de conclusão das disciplinas de Metodologia Jurídica (I e II) ministradas na Universidade de Lisboa – FDUL aos doutorandos em Direito no ano letivo de 2013-14 pelo Prof. Dr. António Pedro Barbas Homem, intitulado Diálogo intercultural e transcendência das decisões judiciais contemporâneas: o problema brasileiro da uniformização da jurisprudência em sede de controle difuso de constitucionalidade, 80 p. Para tanto, considere-se o que consta em seu capítulo I, intitulado “Da ‘hermenêutica da destruição’ ao ‘diálogo intercultural’: um caminho para a manutenção do controle difuso brasileiro na contemporaneidade?”, com os desenvolvimentos inaugurais dessa noção (trabalho ainda não publicado, disponível na biblioteca da FDUL).

109. Ou seja, de algo que talvez pudéssemos denominar, sob certo sentido, de um **instrumento-substância** para dar conta dessa situação.

110. V.g.: seria possível indagar se o próprio proceder na aplicação da lei e a **compreensão** do papel dos julgamentos relativos à justiça constitucional difusa, em particular, e de sua natural força transcendente, a partir de um trabalho da doutrina e da jurisprudência, poderiam criar condições para uma suficiente uniformização da jurisprudência baseada na busca por **integridade e coerência** dessas decisões (em um sentido similar ou equivalente àquele dado por Dworkin a essas expressões) – até sem necessidade de vinculações normativas forçadas, evitando-se, por exemplo, questionáveis transferências demasiado artificiais de sistemas alienígenas para criar precedentes vinculantes ou obrigatórios (tal como talvez fosse a ideia da migração forçada por meio de um mecanismo “normativo” com pretensões de reprodução do mecanismo historicamente construído do *stare decisis* norte-americano); mais ainda, poderia ser indagado **se** essa mudança de postura, incitada pela doutrina e pela jurisprudência, seria suficiente para refundar um modo de enxergar os julgados anteriores, a partir dos casos concretos que lhe dão origem e de suas circunstâncias – ao estilo de algo que se aproximasse, ao menos remotamente (guardadas todas as enormes diferenças culturais, jurídicas, políticas e filosóficas entre sistemas), dos precedentes judiciais norte-americanos (ainda que destituídos, naturalmente, esses julgados brasileiros, da proteção da figura do *stare decisis* americano ou da tradição da *Common Law* [cf. FINE, 2011, p. 67 e ss.]) –, e não como puros enunciados abstratos, produtores de meras ementas descoladas da realidade, que não têm se prestado a nortear esse trabalho de **imprescindível construção de uma uniformidade mínima dos julgados dessa área**.

111. V.g.: seria possível indagar se a intervenção legislativa infraconstitucional, no sentido de criar, por lei federal ordinária, no novo Código de Processo Civil brasileiro – atualmente no período de *vacatio legis* –, poderia constituir (i) um instrumental de **fundamentação ampla, concreta e diferenciada das decisões** e da consideração dessas decisões no âmbito dos próprios tribunais que as emitem, significando alguma forma de contribuição legítima (válida) e efetiva no sentido da construção das referidas (ii) **coerência e integridade** anteriormente mencionadas como hoje necessárias (e também exigidas pelo novo CPC, no seu art. 942, e viabilizadas, ainda, v.g., pelo art. 487, § 1º, NCPC), **com o auxílio de sua interpretação doutrinária, ou não**. Ou seja, aqui se indaga se seria possível cogitar se isso, de alguma forma, poderia constituir-se em mais uma inicial **ponte normativa precária**, mesmo a partir da legislação infraconstitucional (em se tratando de controle incidental, concreto e difuso), **para a construção de uma tradição modificada ou em processo de modificação no Brasil, relativa à questão dos precedentes judiciais, com benefícios também para a manutenção e a melhoria do controle difuso de constitucionalidade brasileiro na atualidade** (e, inclusive, potencial esvaziamento dos movimentos com pretensões de seu solapamento progressivo) – **ou** se isso, por outro lado e em um sentido negativo e contrário, por defeitos legislativos, incompreensão da comunidade jurídica ou inação doutrinária, ou mesmo, ainda, má utilização futura pelos operadores do Direito, pode resultar em elemento de ainda maior desagregação ou confusão nessa área já conturbada (pondo-se em evidência, aqui, **o relevante papel que a doutrina assumiria neste ponto e neste momento da vida nacional**). Tudo, nesse particular, sem ignorar que hoje já há manifestação de alguma doutrina de suposta inconstitucionalidade na intenção de regras processuais advindas de lei inferior poderem afetar aspectos de relevo da prestação jurisdicional de (inevitável) caráter constitucional (sob certo largo sentido) – esse parece ser o entendimento, em alguma medida, externado pelo processualista Nelson Nery Jr., em um primeiro momento em que se abordam essas novidades processuais.

112. V.g.: poderia indagar-se aqui se de uma nova interpretação do significado e do modo de aplicação das **súmulas vinculantes**, que, de inicial condição de verdadeiros **assentos** de caráter normativo (cf. parece sustentar Sifuentes, em sua obra de 2005, citada na bibliografia final deste artigo, e ao que se opõe como algo válido, no seu contexto particular, v.g., como consabido, o jurista português Castanheira Neves, em obra célebre, com última edição em 2014, também citada ao final, inclusive com obtenção de julgamento de inconstitucionalidade desse instrumental naquele ordenamento jurídico), ainda que sem chegarem à **impossível** condição, em nosso sistema, de **precedentes obrigatórios de matriz anglo-americana** (já que, com Streck e Abboud [Op. cit., 2014] e Abboud [Op. cit., 2008], sabe-se perfeitamente que súmulas não podem ser consideradas precedentes, por vários motivos), **poderia passar-se a ter outros e (re)novados elementos orientadores da jurisprudência, validados pelo exame e pela consideração de suas origens e suas circunstâncias fáticas, ainda que precários e provisórios** – e não só de seu enunciado em abstrato –, quando de sua **aplicação efetiva para casos concretos** (cf. Streck [obra de 2013, citada ao final, p. 3.229-63], que parece andar por caminho similar, ao comentar o artigo da CF/88 que prevê a aplicação de súmulas vinculantes no contexto brasileiro, embora não chegue ao extremo de explicitar uma hipótese como a presente). Isso tudo criando, assim, algo como **um terceiro gênero adaptado à promoção da uniformização em sistemas mistos**, ainda que de forma precária e para fins transitórios (i.e., novamente como uma **ponte normativa precária**), como já se disse, enquanto se fundam e se assentam novas possibilidades adaptativas a partir **da transformação progressiva e paulatina da cultura local**, à vista, por exemplo, do exposto no cogitado nas notas anteriores. Ou se tudo isso, por outra, é simplesmente impossível em nossas particulares condições culturais e históricas no tempo que corre.

113. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 17. ed. 1. reimpr. Traduzido por Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2013 (edição original de 1968).

114. Nesse sentido, é importante lembrar que esse instrumental do diálogo baseia-se, como dizem os próprios Garapon e Papapoulos, exatamente nesta advertência de Ricoeur (**Histoire et vérité**. 3. ed. Paris: Seuil, 1964. p. 299). Logo, um primeiro elemento do instrumental do diálogo intercultural seria justamente este: o do **cuidado** com o trato das diferenças, o do exercício da prudência, do zelo, da parcimônia, da consideração da **tradição**, no sentido do “imemorial que há em todo o entender” (Gadamer). Nem a pulsão pela guerra ou pela destruição, por suposta superioridade de um sistema ou de uma cultura, com a afirmação de uma espécie de “hermenêutica da destruição” (cf. Barbas Homem diz existir na contemporaneidade, sob certas circunstâncias), nem a euforia utópica das absorções fáceis ou das assimilações com final feliz de hábitos, costumes, vivências ou normas de terceiros – e nisso o referido caráter “conservativo” de nossa tese (mas não necessariamente conservador). Nesse ponto, outra característica dessa proposta de diálogo: a ideia da possibilidade de uma **enriquecedora interpelação recíproca**. Ou por outra: a ideia de que **é fundamental perguntar e ouvir** – afinal, só assim **dialoga-se**. Por fim, um terceiro elemento: mas em que contexto? Necessariamente em um **contexto democrático**, guiado pelos nortes comuns, informadores desses grandes sistemas. Ver tb., sobre diálogo jurídico no âmbito hermenêutico, CARNEIRO, W.A., item 1.4, “A busca pelo diálogo desvelador” (2015, p. 133-51).

115. A dar suporte mais profundo a essa tese, considere-se a posição assumida pelo professor Manuel Atienza, mais especificamente no que

tange à Filosofia do Direito, mas que parece ser plenamente aplicável aqui, no sentido de que a produção de um pensamento jusfilosófico "local", nos países ibéricos e latino-americanos, talvez pudesse trazer melhores frutos para a comunidade jurídica como um todo, ao invés da busca incessante pela aplicação pura de métodos e formas de pensar advindas do meio exterior a essa cultura que os exporta. Nesse sentido, a resumir esse pensamento, veja-se fragmento de recente entrevista concedida pelo Professor Atienza, em que aquele jusfilósofo aborda precisamente essa questão, de forma muito esclarecedora: "(...) **[P] O senhor tem defendido "uma filosofia do Direito para o mundo latino", a qual teria a função primordial de resgatar os principais nomes da filosofia do direito dos países da Europa ibérica e da América Latina. Pode explicar esse projeto? Manuel Atienza** – Efetivamente escrevi vários trabalhos tratando de promover uma filosofia do Direito para o mundo latino, tanto da América quanto da Europa. Creio que essa foi minha vocação desde que comecei a me ocupar da filosofia do Direito, já há mais de 40 anos. Seria algo como uma filosofia do Direito 'regional', que ocuparia um lugar intermediário entre o que agora se faz em cada um de nossos países e a filosofia do Direito no âmbito mundial – que, na realidade, é a filosofia que se elabora em algumas universidades do mundo anglo-saxão e se exporta a outras partes do mundo. **[P] O projeto seria, então, criar um pensamento latino, como há hoje um pensamento anglo-saxão?** **Manuel Atienza** – Muitas vezes não nos damos conta, mas o que estamos importando das universidades do mundo anglo-saxão são problemas, métodos de análise e objetivos que podem não ser exatamente os que seriam de maior interesse para nós. Creio que, se lográssemos articular uma comunidade jusfilosófica no conjunto de países do mundo latino (aproveitando a proximidade existente desde o ponto de vista cultural, linguístico etc.), poderíamos contribuir também para uma filosofia do Direito mais equilibrada no plano global. (...) Mas para que fique claro: não se trata de ir contra os anglo-saxões, mas de potencializar o que se faz (e o que se poderia fazer) em nossos países. Tem a ver com algo a que antes me referia, e que não afeta unicamente aos jusfilósofos, aos juristas brasileiros: com frequência, se tem a impressão de que em nossos países, no mundo latino, renunciamos a ter um pensamento próprio (na filosofia do Direito e em muitos outros campos) e de que a única coisa de que somos capazes é de comentar ou difundir o que outros pensam. **E eu creio que podemos, e devemos, aspirar a mais (...)**" – Fragmento de entrevista concedida à revista eletrônica brasileira **Consultor Jurídico**, datada de 05 de setembro de 2015, e intitulada "Discussão sobre o neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos". Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>>. Acesso em: out. 2015 (destaquei).

116. Afinal, poderia agregar-se, ainda, em conclusão ao que já foi dito, dos juristas e da doutrina constitucionalista de hoje, se espera muito mais, no que concerne à permanente edificação de uma justiça constitucional que seja compatível com a sua função maior de servir de instrumento à atuação precípua do constitucionalismo contemporâneo (de limitação e regulação do poder político e de realização efetiva dos direitos fundamentais). Da doutrina e dos juristas se espera que engendrem modos eficazes de paulatina e legítima restauração renovada e criativa das tradições e das culturas jurídicas, tão esgarçadas pela modernidade corrente. Deles se espera que procedam de modo inovador, sem que, no entanto, se conformem com a perda de históricas conquistas jurídicas, com o desprezo de difíceis construções teóricas centenárias e com o desperdício de árduas experiências jurídico-políticas de anos, elementos esses que, ao final de tudo, bem ou mal, representam os nossos muito peculiares e insubstituíveis avanços civilizatórios próprios. Enfim, da doutrina constitucional e dos juristas se espera essa postura altruísta e rigorosamente científica, e nunca que, a

pretexto da realização de empréstimos constitucionais de ocasião, se acabe por ignorar ou maltratar nossas experiências e tradições anteriores, tudo como se, seja qual forem as alterações radicais eventualmente promovidas em sistemas normativos quaisquer, não se mantenham aqueles elementos constituintes originais sempre vivos, sob as cinzas de um passado que apenas ilusoriamente se tenha então pretendido dar por morto e enterrado. E que, por isso mesmo, continue a assombrar, influente e perigoso, o futuro, justamente porque, então, ignorado e desprezado, ainda que, no fim das contas, permaneça presente e atuante no mundo da vida.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

BAGGIO, Moacir Camargo. O controle difuso de constitucionalidade no Brasil entre o presente e o futuro. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 69, dez. 2015. Disponível em:  
< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao069/Moacir\\_Baggio.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao069/Moacir_Baggio.html)>  
Acesso em: 17 dez. 2015.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS